

دوره مقدماتی

حقوق مدنی

درسهایی از عقود معین

تألیف :

دکتر ناصر کاتوزیان

دورهٔ مقدماتی

حقوق مدنی

درسهایی از عقود معین

برای دانشجویان دورهٔ کارشناسی

جلد دوم

ودیعه، عاریه، وکالت، ضمان، حواله،
کفالت، رهن

دکتر ناصر کاتوزیان

کاتوزیان، ناصر، ۱۳۰۶ -
دوره مقدماتی حقوق مدنی: درسهایی از عقود معین برای دانشجویان دوره کارشناسی / ناصر کاتوزیان. ـ تهران: کتابخانه گنج‌دانش، ۱۳۹۰. ج ۲.
ISBN 964 - 5986 - 41 - 9 (دوره) ـ ISBN 964 - 5986 - 21 - 4 (ج. ۱)
ISBN 964 - 5986 - 40 - 0 (ج. ۲)
فهرستنویسی بر اساس اطلاعات فیپا.
کتابنامه.
مندرجات: ج. ۱. بیع، اجاره، قرض، جعاله، صلح. ـ ـ ج. ۲. ودیعه، عاریه، وکالت، ضمان، حواله، کفالت، رهن.
ج.۲ (چاپ شانزدهم).
۱. حقوق مدنی ـ ـ ایران. الف. ایران. قوانین و احکام. ب. عنوان. ج. عنوان: درسهایی از عقود معین برای دانشجویان دوره کارشناسی.
۳۴۶/۵۵۰۴ KMH ۵۰۰ / ۲ ک ۲ د ۹۴
کتابخانه ملی ایران ۷۸ ـ ۱۴۷۴۵ م





کتابخانه گنج دانش
تهران: خیابان باب همایون، شماره ۳۶، تلفن ۳۳۱۱۰۵۷۵.
خیابان انقلاب، خیابان ۱۲ فروردین، شماره ۳۱۴ تلفن ۶۶۴۹۲۱۹۶

دوره مقدماتی حقوق مدنی
درسهایی از عقود معین
جلد دوّم
برای دانشجویان دوره کارشناسی
دکتر ناصر کاتوزیان

چاپ شانزدهم ـ ۱۳۹۰ ـ تیراژ ۵۰۰۰ جلد
حروف چینی واحد رایانه کتابخانه گنج‌دانش
لیتوگرافی البرز ـ چاپ احمدی ـ صحافی ایران
شابک (جلد ۲) ۰ ـ ۴۰ ـ ۵۹۸۶ ـ ۹۶۴ ISBN 964 - 5986 - 40 - 4 (vol 2)
شابک ۹ ـ ۴۱ ـ ۵۹۸۶ ـ ۹۶۴ (دوره دو جلدی) ISBN 964 - 5986 - 41 - 9(vol. SET)
قیمت: ۸۵۰۰ تومان

فهرست عنوانهای اصلی

صفحه

صفحه

صفحه

توضیح ناشر

برای آشنایی دانشجویان و خوانندگان محترم با نحوهٔ حروف‌چینی مطالب کتاب، توجه به توضیحات ذیل مفید و ضروری است:

۱ـ عنوانهائی که با حروف درشت نوشته شده متن اصلی کتاب و حاوی مطالبی است که به نظر نویسنده برای یادگیری دانشجویان ضروری است. ولی، این انتخاب تنها راهنماست و مانع از این نمی‌شود که استاد مطلب دیگری را نیز از بخش اصلی کتاب خارج یا حذف کند.

۲ـ مطالب و عنوانهایی که با حروف ریزتر نوشته شده، قسمتی است که یا دشوارتر از معمول است و یا برای افراد خاص گفته می‌شود، یا موضوعی است فرعی که برای فهم یا کمال مطلب مفید به نظر می‌رسد، و این نظر استاد است که می‌تواند تمام یا بخشی از آن را درس داده و یا از آنها امتحان نگیرد.

عقد ودیعه

مقدمه

۱. امانت قراردادی و قانونی :

امانت، به اعتبار مبنا و سبب آن، به دوگونه است :

۱. امانت مالکانه یا قراردادی، که در آن، مالی به اختیار و اذن مالک به دیگری سپرده می‌شود؛ رابطهٔ مالک و متصرف تابع تراضی آنان و مفاد اذن مالک است و قانون و عرف، به عنوان عامل «تفسیر کننده» یا «تکمیل کننده»، در آن دخالت دارد: مانند ودیعه و عاریه و مضاربه و اجاره... و مانند اینها.

۲. امانت قانونی یا شرعی، که ریشهٔ قراردادی ندارد و مالک به رضایت آن را در اختیار متصرف نگذارده است: مانند لُقطه و حیوان ضاله و موردی که شخص به اشتباه و بدین پندار که تکلیف حقوقی دارد مال خود را به دیگری می‌سپارد.

۲. موقعیت ودیعه در امانات :

ودیعه، در زمرهٔ امانات مالکانه است، زیرا مالک به اختیار و در نتیجهٔ پیمانی که با دیگری می‌بندد مال خویش را به او می‌سپارد تا از آن نگاهداری کند. بدین ترتیب، ودیعه نوعی «استنابه» است که به منظور حفظ مال انجام می‌شود، یعنی مالک بدین وسیله «امین» را نایب خود قرار می‌دهد[1].

۱. فقیهان امامیه نیز ودیعه را «استنابه در حفظ مال» یا عقدی که اثر آن «استنابه در حفظ مال» است تعریف کرده‌اند: شیخ محمد حسن نجفی، جواهرالکلام، ج ۲۷، ص ۹۶.

ویژگی ودیعه در این است که، در سایر قراردادها، نیابتی که داده می‌شود به منظور انجام سایر تصرفات است (مانند این که مالک به دیگری وکالت می‌دهد تا خانهٔ او را بفروشد)؛ یا اگر نیابت برای نگاهداری مالی است، جنبهٔ فرعی و تبعی دارد: چنان که در عقد اجاره مقصود اصلی تملیک منافع به مستأجر است، لیکن چون انتفاع از عین ایجاب می‌کند که در تصرف مستأجر باشد، نیابت در حفظ مال نیز به او داده می‌شود، و همچنین است در عاریه و مضاربه و شرکت. ولی، در عقد ودیعه، دادن نیابت در حفظ مال مقصود اصلی است، به همین جهت قواعد عمومی مربوط به امانت و رابطهٔ امین با مالک و مسؤولیت‌های ناشی از این رابطه در «ودیعه» مطرح می‌شود و آن را امانت به معنی خاص نامیده‌اند.

۳. تعریف ودیعه :

مادهٔ ۶۰۷ ق.م. در تعریف ودیعه می‌گوید: «**عقدی است که به موجب آن یک نفر مال خود را به دیگری می‌سپارد برای آنکه آن را مجاناً نگاه دارد. ودیعه‌گذار، مودع و ودیعه‌گیر را مستودع یا امین می‌گویند.**» از این تعریف بر می‌آید که، هدف اصلی از انعقاد ودیعه سپردن مال به دیگری برای نگاهداری است.

جوهر و مقتضای عقد در دو عامل خلاصه می‌شود: ۱) مالی به منظور «نگاهداری» به دیگری سپرده شود ۲) گیرنده آن را حفظ کند و با نخستین مطالبه به صاحبش بازگرداند.[1]

۱. اگر معلوم شود که در عقدی مقصود اصلی دو طرف «نگاهداری» از مال نیست، رابطهٔ آن دو را نباید تابع قواعد مربوط به ودیعه دانست. برای مثال، هرگاه مالی به منظور انتفاع گیرنده داده شده باشد و نگاهداری مال در ارادهٔ مشترک جنبهٔ فرعی پیدا کند، عقد را باید عاریه یا اجاره یا واگذاری حق انتفاع نامید. همچنین، در موردی که مال به منظور فروش یا تعمیر به دیگری سپرده می‌شود، عقدی که واقع شده «وکالت» یا «اجاره» است.

نگاهداری از مال، به عنوان جهت اصلی عقد، باید در رابطهٔ دو طرف به گونه‌ای

۱. ان الله یأمرکم ان تؤدوا الامانات الی اهلها (قرآن کریم، آیهٔ ۵۸ از سورهٔ نساء).

ملحوظ باشد: بدین معنی که عمل سپردن بدین منظور انجام شود و گیرنده نیز به همین عنوان مال را بپذیرد و تعهد نگاهداری آن را بکند، وگرنه، آوردن مال نزد شخصی که تعهد به نگاهداری از آن را نکرده است، ودیعه به شمار نمی‌آید، هرچند که گیرنده اعتراض نکند و آن را بپذیرد. پس، اگر کارگری دوچرخهٔ خود را در دکان یا خانهٔ صاحبکار و کارفرما بگذارد، یا میهمانی پالتوی خود را بر صندلی خانهٔ میزبان قرار دهد، یا مشتری رستوران یا سلمانی کلاه خویش را به گیرهٔ جالباسی صاحب مغازه بیاویزد، یا مسافری کیف پول و اشیاء قیمتی را در اطاق میهمانخانه نهد، نمی‌توان ادعا کرد که عقد ودیعه بسته شده و گیرندهٔ مال متعهد به نگاهداری آن است.

مادهٔ ۶۳۲ ق.م. در همین زمینه مقرر می‌دارد: **«کاروانسرادار و صاحب مهمانخانه و حمامی و امثال آنها نسبت به اشیاء و اسباب یا البسهٔ واردین وقتی مسؤول می‌باشد که اشیاء و اسباب و یا البسه نزد آنها ایداع شده باشد و یا اینکه بر طبق عرف بلد در حکم ایداع باشد».**

۲. مستودع باید عین مالی را که به او سپرده شده است به مودع بازگرداند، هرچند که آن مال مثلی باشد. پس، در موردی که مبنای توافق بر این است که گیرنده مالی را که به او سپرده شده به مصرف برساند و مثل آن را تهیه و رد کند، چنین توافقی را نباید «ودیعه» نامید. این مفهوم به طور ضمنی از تعریف قانون مدنی و مفاد «سپردن» و «نگاهداری» استنباط می‌شود و دلالت تعریف مشهور در فقه (استنابة فی الحفظ) بر لزوم بازگرداندن عین مال قوی‌تر است.

تعریف مادهٔ ۶۰۷ ق.م.، در عین حال که ماهیت حقوقی ودیعه را کم و بیش می‌رساند، این توهم را به وجود می‌آورد که ودیعه در زمرهٔ «عقود عینی» است و با تسلیم مال مورد ودیعه به امین واقع می‌شود[1]. زیرا، با آوردن این جمله که «به موجب آن یک نفر مال خود را به دیگری می‌سپارد...»، به نظر می‌آید که قانونگذار «سپردن» را نیز در شمار ارکان عقد می‌داند. در حالی که، قبض در تحقق ودیعه اثر ندارد و خواهیم دید که

۱. به نظر می‌رسد این تعریف از مادهٔ ۱۹۱۵ قانون مدنی فرانسه، که ودیعه را در زمرهٔ عقود عینی می‌آورد، متأثر شده است.

عقد به تراضی واقع می‌شود.

پس، برای احتراز از این اشکال، بهتر این است که به فرهنگ حقوقی خود در این زمینه بازگردیم و ودیعه را بدین عبارت تعریف کنیم: «عقدی است که به موجب آن برای نگاهداری رایگان از مالی به دیگری نیابت داده می‌شود». افزودن قید «رایگان» بدین منظور است که ودیعه با اجیر گرفتن اشتباه نشود. زیرا، در موردی که شخص دیگری را در برابر دستمزد معین برای نگاهداری از مالی اجیر می‌کند، برای نگاهداری از آن مال به او نیابت می‌دهد، جز این که پذیرش نیابت اخیر در برابر عوض انجام می‌گیرد و همین امر به رابطهٔ حقوقی عنوان دیگری (اجاره) می‌دهد.

از این تعریف چنین بر می‌آید که: ۱) ودیعه عقد جایز است ۲) رایگان است ۳) اثر اصلی عقد اذن و اعطای نیابت است ۴) ودیعه از عقود رضایی است.

۴. ودیعه عقد است :

چنان که گفته شد، ودیعه «عقد» است (مادهٔ ۶۰۷ ق.م.). پس، برای ایجاد این پیوند حقوقی دو قصد انشاء باید انجام شود: یکی از سوی «مودع» که مالی را به امانت می‌گذارد و به امین دربارهٔ حفظ آن نیابت می‌دهد؛ دیگری از جانب «مستودع» که حفاظت را به عهده می‌گیرد و نیابت را می‌پذیرد. اگر مالکی برای نگاهداری از مال خویش به دیگری اذن دهد ولی این اذن موضوع قصد مشترک دو طرف قرار نگیرد و در تبانی آنان نیاید، ودیعه نیز واقع نمی‌شود (مادهٔ ۶۳۲ ق.م.).

اثر اصلی عقد ودیعه «اذن» است و اختیار امین نیز از همین اذن ناشی می‌شود. لیکن، امین نیز باید آثار حقوقی آن را بپذیرد و در ایجاد رابطهٔ حقوقی دخالت داشته باشد: یعنی، ودیعه تنها با اذن مودع واقع نمی‌شود و ارتباط قصد مستودع با آن نیز لازم است، وگرنه در شمار «ایقاعات» می‌آمد.

نتیجهٔ عملی که بر این تحلیل بار است، نه تنها در انعقاد ودیعه ظاهر می‌شود، در انحلال آن نیز اثر دارد: اگر جوهر و خمیر مایهٔ ودیعه تنها اذن مالک باشد، با رجوع او رابطهٔ حقوقی از بین می‌رود؛ امین نیز حق دارد از نگاهداری امتناع کند، ولی تا زمانی که

اذن وجود دارد می‌تواند دوباره آن را بپذیرد. برعکس، هرگاه «ودیعه» موجودی مرکب از دو اراده (عقد) باشد، فسخ هریک از دو طرف این موجود را از بین می‌برد و تجدید رابطهٔ حقوقی نیاز به تراضی دوباره دارد.

۵. ودیعه عقد جایز است :

عقد ودیعه هیچ التزامی برای حفظ این رابطهٔ حقوقی به وجود نمی‌آورد. پس، مالک یا امین، هرگاه بخواهد، می‌تواند عقد را برهم زند (مادهٔ ۶۱۱ ق.م.). امکان فسخ عقد بدین معنی نیست که اجرای تعهدهای ناشی از عقد نیز دلبخواه باشد. تا زمانی که عقد بر هم نخورده است، تعهدهای ناشی از آن نیز محترم است: امین باید از مال نگاهداری کند و مالک هزینهٔ این کار را بپردازد. پس از فسخ عقد نیز، باید توابع عرفی احترام به پیمان گذشته را رعایت کرد، چنان‌که امین نمی‌تواند مالی را که در مسافرت با خود دارد، به بهانهٔ فسخ عقد، در راه بگذارد و پی کار خود رود. معنی جایز بودن ودیعه این است که مودع هر زمان اراده کند می‌تواند از امین بخواهد تا مورد ودیعه را به او بازگرداند؛ امین نیز حق دارد از ادامهٔ وظیفه‌ای که دارد عذر بخواهد. اثر فسخ نسبت به آینده است و تغییری در وضع پیشین آن دو در برابر هم نمی‌دهد.

۶. ودیعه رایگان است :

خدمتی که امین نسبت به نگاهداری از مال انجام می‌دهد در برابر عوضی قرار نمی‌گیرد و رایگان است و همین امر تفاوت بین اجاره و ودیعه را آشکار می‌سازد. زیرا، اگر کسی برای حفاظت از مالی اجیر شود، این خدمت در برابر دستمزد معین قرار می‌گیرد و رابطهٔ آنان را تابع اجاره می‌کند.

با وجود این، مجانی بودن ودیعه مانع از آن نمی‌شود که، ضمن عقد یا در نتیجهٔ پیمان جداگانه‌ای، شرط شود که مالک پاداشی (حق‌الحفاظه) به امین بدهد. زیرا، این پاداش با خدمت مربوط به «نگاهداری» رابطهٔ حقوقی پیدا نمی‌کند؛ در زمرهٔ تعهدهای اصلی ناشی از عقد نمی‌آید و جنبهٔ فرعی دارد. نمونهٔ بارز عقود مجانی «هبه» است که در

نتیجهٔ آن کسی مالی را به دیگری می‌بخشد. پس، اگر در چنین عقدی شرط عوض به ماهیت عقد اصلی لطمه نزند، در عقود مجانی دیگر نیز باید آن را پذیرفت، مگر این که دلیل خاصی آن را منع کند.

۷. ودیعه عقد اذنی است :

از آنچه در تعریف «ودیعه» آمد، چنین نتیجه می‌شود که اثر مستقیم و بیواسطهٔ عقد اعطای نیابت به امین برای نگاهداری است: یعنی، در نتیجهٔ عقد، امین مأذون در تصرف می‌شود و هیچ تعهدی برای دو طرف ایجاد نمی‌گردد. جایز بودن عقد ودیعه نیز این استنباط را تأیید می‌کند، زیرا امکان دارد، پس از عقد، مالک از سپردن مال به امین پشیمان شود یا امین آن را نپذیرد؛ عقد هیچ التزامی برای آنان به وجود نمی‌آورد، پس چگونه می‌توان چنین عقدی را «عهدی» نامید؟

از سوی دیگر، باید توجه داشت که ریشهٔ تعهد امین، در این که از مال مورد ودیعه نگاهداری کند و آن را پس از مطالبهٔ مالک، بی‌درنگ به او تسلیم کند، عقد ودیعه است. منتها، این تعهدها در صورتی تحقق خارجی می‌یابد که مال مورد ودیعه به امین تسلیم شود. به بیان دیگر، اثر عقد ودیعه ایجاد تعهداتی است معلق به تسلیم مال مورد ودیعه. پس، همان‌گونه که معلق بودن تملیک در عقد بیع با «تملیکی بودن» آن منافات ندارد، تعلیق در تعهدات ناشی از ودیعه نیز از عهدی بودن آن نمی‌کاهد.

نظر نخست قوی‌تر است، زیرا وصف هر عقد را با ملاحظهٔ اثر مستقیم و اصلی آن تعیین می‌کنند: چنان که، در بیع، با این که فروشنده ملتزم به تسلیم مبیع و خریدار متعهد به دادن ثمن می‌شود، عقد را تملیکی می‌نامند و در اجاره نیز، به اعتبار تملیک منفعت، عقد تملیکی است، هرچند که تعهدهای گوناگونی نیز برای موجر و مستأجر به وجود آید. در ودیعه نیز، در اثر عقد، التزامی به طور مستقیم برای هیچ یک از آن دو به وجود نمی‌آید، مانند وکالت و عاریه، اثر آن اعطای نیابت و اذن است. تعهدات طرفین پس از تسلیم مال مورد ودیعه به امین به وجود می‌آید و به همین جهت، آنان که لازمهٔ مفهوم «عقد» را ایجاد «تعهد» می‌دانند، ودیعه را در شمار عقود عینی آورده‌اند.

۸. ودیعه از عقود رضایی است :

چنان که گفته شد، عبارت مادهٔ ۶۰۷ قانون مدنی، که در تعریف ودیعه می‌گوید: «یک نفر مال خود را به دیگری می‌سپارد»، این توهم را در ذهن ایجاد می‌کند که ودیعه در زمرهٔ عقود عینی است: یعنی، از تاریخ تسلیم مال به امین واقع می‌شود. مفهوم عرفی ودیعه و آغاز تحقق تعهدهای دو طرف در برابر هم از این تاریخ نیز فکر عینی بودن عقد را تأیید می‌کند. زیرا، تا زمانی که مال مورد ودیعه به امین تسلیم نشده است، امین چیزی در اختیار ندارد تا ملتزم به نگاهداری آن باشد و امکان انجام دادن خدمتی به منظور ادارهٔ مال مودع وجود ندارد تا او نیز متعهد به تأدیهٔ مخارج آن شود. پیش از تسلیم، طرح ساده‌ای ریخته شده که از آن الزام و التزامی به وجود نمی‌آید و به آسانی نیز بر هم می‌خورد.

با وجود این، پندار «عینی بودن» عقد ودیعه را باید از ذهن زدود و به ظاهر مادهٔ ۶۰۷ اعتماد نکرد. زیرا، از مفاد مادهٔ ۱۹۱ قانون مدنی که اعلام می‌کند: «عقد محقق می‌شود به قصد انشاء» و از استقراء در شرایط انعقاد قراردادهای گوناگون در قانون مدنی چنین بر می‌آید که در حقوق ما اصل «رضایی بودن» قراردادها است و در هر جا که قبض شرط وقوع و صحت قراردادی است، مانند رهن (مادهٔ ۷۷۲) و وقف (مادهٔ ۵۹) و حبس (مادهٔ ۴۷) و هبه (مادهٔ ۷۹۸)، قانون آن را به صراحت مقرر می‌دارد. پس، اگر در ودیعه نیز قبض از شرایط وقوع عقود بود، بایستی اثر تسلیم اعلام می‌شد و سکوت قانونگذار دلیل بر این است که نمی‌خواهد از اصل تجاوز کند و تراضی را در ایجاد اثر عقد ناتوان شمارد.

در اثر عقد ودیعه، برای نگاهداری از مال به امین نیابت داده می‌شود و او با پذیرفتن این نیابت، به طور ضمنی ملتزم می‌شود که پس از تسلیم مال مورد امانت از آن نگاهداری کند و با درخواست مالک آن را بازگرداند. برای تحقق این مفهوم، نیازی به تسلیم مال نیست و به این دلیل نیز نمی‌توان ودیعه را در زمرهٔ عقود عینی آورد.

فصل اول

انعقاد و انحلال ودیعه

مبحث اول: اصل حاکمیت اراده در بیع

۹. لزوم ایجاب و قبول:

برای انعقاد ودیعه، باید مالک و امین ارادهٔ خود را به گونه‌ای اعلام کنند و اعلام اراده‌ها به هم ارتباط پیدا کند. برخلاف نظر کسانی که رکن اصلی ودیعه را اذن امانتگذار می‌دانند و ارادهٔ امین را در ایجاد رابطهٔ حقوقی مؤثر نمی‌دانند، در نظر نویسندگان قانون مدنی، ودیعه، مانند سایر عقود، از ترکیب و جمع ایجاب و قبول به وجود می‌آید: چنان که در مادهٔ ۶۰۸ ق.م.، برای دفع هرگونه توهمی، آمده است که: «در ودیعه قبول امین لازم است، اگرچه به فعل باشد». بنابراین، اگر کسی مالی را به قصد ایداع نزد دیگری نهد یا در ملک او قرار دهد، تا زمانی که او ودیعه را نپذیرفته است، رابطهٔ قراردادی بین آنان به وجود نمی‌آید (مادهٔ ۶۳۲ ق.م.).

ولی، لزومی ندارد که ایجاب و قبول به وسیلهٔ الفاظ بیان شود. به ویژه، در مورد قبول ودیعه، ممکن است امین عملی کند که حاکی از پذیرفتن امانت باشد: چنان که، باز گذاردن پارکینگ و ظاهر مربوط به قبول اتومبیل در آن، برای پذیرفتن ایجابی که به وسیلهٔ ورود در محوطهٔ پارکینگ بیان شده است، کافی به نظر می‌رسد.

همچنین، گاه سکوت شخصی که مال به او سپرده می‌شود، اگر همراه با قرائنی شود که دلالت بر قبول امین کند، ودیعه را منعقد می‌سازد. برای مثال، اگر شخصی به دکان آشنایی رجوع کند و از او بخواهد که بسته‌ای را چند ساعت برای او نگاهدارد و صاحب دکان هیچ نگوید، سکوت او به منزلهٔ قبول ودیعه است. پس، اگر بعد از رفتن مالک او نیز دکان را رها کند و بسته به سرقت رود، نمی‌تواند، بدین بهانه که امانت را نپذیرفته است، خود را از مسؤولیت ناشی از این تفریط مصون بداند.

۱۰. اثر قبض:

چنان که گفته شد، ودیعه از عقود «رضایی» است و قبض در وقوع آن نقشی ندارد (ش ۸). بنابراین، پس از تراضی دو طرف، نیابت تحقق می‌یابد و کسی که باید از مال نگاهداری کند «امین» است و به همین جهت می‌تواند، بدون این که نیازی به اذن دوبارهٔ مودع باشد، مورد امانت را به تصرف خود درآورد.

با وجود این، چون ودیعه عقد جایزی است و پیش از سپردن مال به امین هیچ التزامی به وجود نمی‌آورد، اثر قبض را در تحقق «تعهد» نباید انکار کرد. زیرا، از تاریخ تسلیم مال به امین است که او متعهد به نگاهداری و باز گرداندن آن می‌شود. در این دوران نیز او حق دارد که عقد را بر هم زند، ولی هیچ گاه نمی‌تواند از آثار تسلیم آزاد شود و ناگزیر باید تا زمان رد مال به صاحبش آن را نگاهدارد. باید افزود که تسلیم مال مورد امانت، اگر همراه با تراضی نسبت به عقد ودیعه نباشد، به تنهایی باعث ایجاد رابطهٔ حقوقی قراردادی نمی‌شود و نباید آن را «امانت مالکانه» شمرد.

قبض مال مورد ودیعه باید به رضای امین باشد. اگر مستودع به پذیرفتن مورد ودیعه اجبار شود، مسؤولیتی در حفظ آن ندارد. ولی، پرسشی را که پاره‌ای از فقیهان مطرح ساخته‌اند این است که، اگر امین پس از مدتی به نگاهداری از مال راضی شود و به اختیار آن را به تصرف گیرد، آیا به عنوان امین و نایب مالک مأمور نگاهداری به شمار می‌آید یا به عنوان امانت شرعی مال را در اختیار دارد تا به مالک باز گرداند؟[1]

۱. برای دیدن نظر فقیهان و پاسخ کامل پرسش و آثار آن، رک. ناصر کاتوزیان، عقود معین، ج ۴، ش ۱۹.

۱۱. اهلیت :

برای انعقاد ودیعه، دو طرف عقد باید اهلیت داشته باشند: یعنی، بالغ و رشید و عاقل باشند (مستفاد از مادهٔ ۶۲۸ ق.م.). در بطلان ودیعهٔ مجنون و صغیر غیرممیز تردیدی وجود ندارد. همچنین، در امکان ودیعهٔ سفیه یا صغیر ممیزی که به اذن یا اجازهٔ ولی یا قیم خود مالی را به ودیعه می‌گذارد، یا به عنوان امین آن را می‌پذیرد، تردید نباید کرد (مادهٔ ۱۲۱۴ ق.م.).

تردید جایی معقول است که سفیه مال خود را بدون هیچ شرط عوضی به دیگری می‌سپارد و از خدمت رایگان امین سود می‌برد. پس، جا دارد پرسیده شود که چرا اهلیت چنین اقدامی را ندارد؟

در پاسخ می‌توان گفت: چون سفیه برای مال ارزشی را که لازمهٔ حفظ آن است نمی‌شناسد، برای احراز صفت امانت نیز دقت کافی نمی‌کند. به بیان دیگر، کسی که بی‌محابا اموال خود را تفریط می‌کند، بدون اندیشهٔ کافی نیز آن را به دیگران می‌سپارد و در معرض خطر قرار می‌دهد. به همین جهت احتیاط حکم می‌کند که، برای حمایت از سفیه، دست او در امانت گذاردن اموال خود نیز باز نماند و موکول به اذن قیم یا ولی شود، چنان که قانون مدنی نیز به پیروی از نظر بعضی از فقیهان بر همین مبنا تنظیم یافته است.[۱]

پس، اگر کسی بر مال محجوری دست یابد یا آن را به ودیعه پذیرد، در حکم غاصب است و ضامن. مادهٔ ۶۱۰ ق.م. در همین زمینه مقرر کرده است:

«...... اگر کسی مالی را از کس دیگر که برای معامله اهلیت ندارد به عنوان ودیعه قبول کند... و... در ید او ناقص یا تلف شود ضامن است».

۱. علامهٔ حلی در تذکره می‌نویسد: «و لابد فی المتعاقدین من جواز التصرف فلایصح من المحجور علیه للسفه و الفلس الایداع و علی اشکال فی الاستیداع المفلس و الاقرب عندی جوازه...» (ج ۱، کتاب امانات) و به نظر می‌رسد که مواد ۶۱۰ و ۶۲۸ قانون مدنی از نظر علامه اقتباس شده است.

با وجود این، در جایی که شخص، به دلیل بیم از تلف شدن مالی که در دست کودک یا مجنون و سفیه است، آن را به عنوان امانت می‌پذیرد تا به سرپرست محجور تسلیم کند، مسؤولیت مطلق متصرف با مفاد مادهٔ ۳۰۶ قانون مدنی مخالف به نظر می‌رسد. زیرا، به موجب این ماده، اگر کسی مال محجور را در حالتی تصرف کند که عدم دخالت یا تأخیر در دخالت او موجب ضرر باشد و به موقع نتواند از ولی یا قیم اذن بگیرد، حق دارد مخارجی را که برای ادارهٔ مال کرده است بگیرد.

لحن ماده و امکان گرفتن مخارج ادارهٔ مال می‌رساند که قانونگذار چنین تصرفی را مشروع می‌داند و متصرف نیکوکار را در حکم غاصب نمی‌بیند. پس، در جمع مفاد دو مادهٔ ۶۱۰ و ۳۰۶ می‌توان گفت، جایی که مودع محجور است، گیرندهٔ مال در حکم غاصب است، مگر این که برای جلوگیری از ورود ضرر به محجور و در شرایط مادهٔ ۳۰۶ آن را پذیرفته باشد، که در این صورت مال نزد او امانت شرعی است.

۱۲. اثر سپردن مال به محجور :

در موردی که مالی نزد محجور به امانت گذارده می‌شود، نسبت به حدود مسؤولیت صغیر و مجنون و سفیه اختلاف شده است: منشأ گفتگوها از آنجا است که مالک نیز با سپردن مال خود به محجور آن را در معرض تلف قرار داده و به آنان اذن در تصرف داده است، پس باید دید این اقدام تا چه اندازه در رفع مسؤولیت محجور مؤثر است؟

بی‌گمان، در این فرض، کودک یا مجنون یا سفیه تعهدی نسبت به حفظ مال پیدا نمی‌کند و نمی‌توان او را در حدود قرار داد یا متعارف مکلف به نگاهداری پنداشت. زیرا، ودیعه نفوذ حقوقی ندارد و اثری بر آن بار نمی‌شود. همچنین، چون محجور به اذن مالک بر مال او دست می‌یابد، نباید او را در زمرهٔ غاصبان آورد و مسؤول حوادث خارجی شمرد. در این باره، علم و جهل مالک به حجر نیز اثری در حکم ندارد، زیرا در هر حال نمی‌توان سلطهٔ محجور را عدوانی شمرد. بنابراین، وجود قرارداد باطل را باید در این رابطه ندیده گرفت؛ محجور نسبت به تلف مال در نتیجهٔ حادثهٔ خارجی بیگانه است و نباید او را، به دلیل اهمال در نگاهداری، مسؤول پنداشت. به بیان دیگر، همین

اندازه که تلف کردن مال به او منسوب نشود، مسؤولیتی ندارد، هرچند که معلوم شود توانایی دفع خطر و حفظ مال را نیز داشته است.

ولی، نفی مسؤولیت‌های ناشی از عقد ودیعه، مانع از اجرای احکام مربوط به ضمان قهری نمی‌شود. پس، هرگاه محجور مالی راکه به او سپرده است تلف کند یا سبب تلف آن شود، بر طبق قواعد عمومی مسؤولیت مدنی، ضامن است (مادهٔ ۱۲۱۶ ق.م.). زیرا، نه تنها در اتلاف تقصیر شرط ایجاد مسؤولیت نیست، با قبول مفهوم اجتماعی و نوعی تقصیر، کودک و دیوانه نیز می‌تواند مرتکب تعدی و تفریط شود و مسؤول اعمال خویش قرار گیرد[1].

با وجود این، عاملی را که در فرض ما نمی‌توان فراموش کرد این است که، مالک نیز با سپردن مال خود به کودک و دیوانه و سفیه، سبب تلف آن را فراهم آورده است. پس، باید دید این اقدام تا چه اندازه در رابطهٔ او و تلف کننده مؤثر است؟

برای اثبات بی‌اثر بودن اقدام مالک گفته شده است که اذن او برای حفظ مال بوده است نه اتلاف آن[2]. ولی، باید دانست که مالک، دانسته یا در اثر سهل‌انگاری، مال خود را به کسی سپرده است که احتمال از بین بردن آن خارج از حدود متعارف می‌رود و همین اندازه کافی است که اقدام او نیز در زمرهٔ اسباب تلف قرار گیرد. پس، باید دید سببی را که او فراهم آورده قوی‌تر است یا مباشرت و دخالت محجور؟

در این مورد، باید بین صغیر غیرممیز و مجنون با دیگر محجوران تفاوت گذارد: دخالت کودک و دیوانه در تلف مال و نقش ارادهٔ آنان در این اقدام چندان ضعیف است که باید کار مالکی راکه مال خود را به دست این گونه اشخاص سپرده است سبب قوی‌تر شمرد. به بیان دیگر، ضمان کودک غیرممیز و مجنون بدین منظور است که ضرری جبران نشده باقی نماند و اموال آنان پاسخگوی زیانی شود که بر بیگناهی وارد آمده است. پس، در جایی که مالک در تلف مال سبب‌سازی کرده است، دیگر مبنایی برای

---

۱. ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، الزامهای خارج از قرارداد، مسؤولیت مدنی، ج ۱، قواعد عمومی، ش ۸۹ (چاپ تجدیدنظر شده، ۱۳۸۷).

۲. شهید ثانی، مسالک، ج ۱، ص ۳۰۶.

مسؤولیت آنان باقی نمی‌ماند[1]. به همین دلیل است که مادهٔ ۱۲۱۵ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «**هرگاه کسی مالی را به تصرف صغیر غیرممیز و یا مجنون بدهد، صغیر یا مجنون مسؤول ناقص یا تلف شدن آن مال نخواهد بود**».

ولی، در مورد صغیر ممیز و سفیه وضع چنین نیست. زیرا، اینان مفهوم مسؤولیت و میزان نقش خود را در تلف مال تمیز می‌دهند و اقدام آنان را، که سبب نزدیک‌تر به تلف است، باید علت ورود خسارت شمرد (مادهٔ ۳۳۲ ق.م.). چنان که، همین نتیجه از مفهوم مخالف مادهٔ ۱۲۱۵ نیز به دست می‌آید.

تنها موردی که باقی می‌ماند، فرضی است که در آن مودع و مستودع هر دو محجور هستند، مانند این که کودکی مال خود را به کودک دیگر یا سفیه به ودیعه دهد. در این فرض، چون اذن مالک نیز اعتبار ندارد، باید گیرندهٔ مال را، مسؤول نقص و تلف آن دانست.

۱۳. اثبات ودیعه:

پیش از اصلاح سال ۶۱، اثبات عقد ودیعه، از نظر اصول، تابع مادهٔ ۱۳۰۶ قانون مدنی بود: یعنی، اگر موضوع آن بیش از پانصد ریال ارزش داشت، تنها با شهادت شهود ثابت نمی‌شد. ولی، تسلیم مال به مستودع و همچنین رد آن به امانتگذار، چون در زمرهٔ وقایع حقوقی است، بدون سند و با شهادت و امارات نیز ثابت می‌گردید.

مادهٔ ۱۳۰۶ در اصلاح سال ۶۱ حذف شد و اکنون هیچ مانعی برای پذیرفتن همهٔ دلایل وجود ندارد. به اضافه، باید توجه داشت که، در بسیاری از موارد، به حکم عادت، هنگام انعقاد ودیعه یا سپردن مال به امین سند گرفته نمی‌شود. برای مثال، هیچ‌کس در برابر سپردن پالتو یا کلاه خود هنگام ورود به رستوران رسید کتبی نمی‌گیرد یا برای اثبات ودیعه نهادن کالایی از دوست یا خویشاوند مورد اعتماد سند تنظیم نمی‌کنند. پس، اگر اثبات همهٔ این روابط موکول به ارائهٔ سند شود، امانتها به هدر می‌رود و به اعتماد عمومی خلل می‌رسد.

۱. علامهٔ حلی، تذکره، ج ۲، کتاب حجر ـ برای دیدن نظر مخالف، رجوع شود به: مسالک، ج ۱، ص ۳۰۶ ـ جامع‌المقاصد، ج ۲، ص ۳۳۵ و ۳۳۶.

مبحث دوم: انحلال ودیعه

۱۴. موارد انحلال :

چنان که گفته شد، ودیعه عقدی جایز است. بنابراین، نه تنها به ارادهٔ هریک از طرفین فسخ می‌شود، به موت هریک از آن دو و همچنین به سفه، در مواردی که رشد معتبر است، منفسخ می‌شود (مادهٔ ۹۵۴ ق.م.). جنون را نیز بی‌گمان باید در زمرهٔ این اسباب آورد. زیرا، از حیث بی‌اعتبار ساختن اذن، مانند موت و به مراتب قوی‌تر از «سفه» است. مواد ۶۲۶ و ۶۲۸ قانون مدنی نیز این قاعده را در مورد ودیعه تکرار کرده است زیرا، ودیعه نیز، مانند عاریه و وکالت، از عقود اذنی است: یعنی اثر آن دادن اذن و اباحه است نه ایجاد تعهد و حق. به همین جهت نیز اثر عقد، جدای از ارادهٔ طرفین، اصالت نمی‌یابد: در اختیار آنان و وابستهٔ به اراده و ذهن است و هر علتی که این پیوند را قطع کند، خواه در نتیجهٔ تغییر یا از بین رفتن اراده باشد، اذن را نیز از بین می‌برد.

تنها اشکالی که ممکن است در ودیعه پیش آید، اثر سفه در انعقاد و انحلال عقد است که پیش از این مطرح شد (ش ۱۱) و دیدیم که نویسندگان قانون مدنی به چه دلیل سفیه را در انعقاد ودیعه «اهل» ندانسته‌اند. از نظر انحلال نیز قاعده این است که هر عیب و عارضه‌ای که مانع از نفوذ اراده و انعقاد قرارداد شود، عروض آن نیز عقد را منفسخ می‌سازد.

باید افزود که موت و جنون و سفه هیچ‌گاه در گذشته اثر نمی‌کند، زیرا هیچ دلیلی وجود ندارد که قطع اذن آثار پیشین آن را نیز از بین ببرد. بنابراین، به کار بردن واژهٔ

«باطل» در مادهٔ ۶۲۶ خالی از مسامحه نیست و مفهوم درست آن «منفسخ» است. به موجب این ماده: **«اگر کسی مال خود را به ودیعه گذارد، ودیعه به فوت امانتگذار باطل و امین ودیعه را نمی‌تواند رد کند مگر به وراث او».**[1]

۱۵. اثر قرارداد خصوصی در این موارد :

در این که با قرارداد خصوصی می‌توان حق فسخ را از مالک و امین گرفت،کمتر تردید شده است. زیرا، چنان که گفته شد، ودیعه نوعی اعطای نیابت است که به منظور نگاهداری از مال انجام می‌شود و با وکالت، از این نظر، ماهیتی مشترک دارد. پس، اگر وکالت را بتوان، با شرط کردن ضمن عقد لازم یا اسقاط حق عزل، به صورتی درآورد که دو طرف عقد نتوانند آن را فسخ کنند (مادهٔ ۶۷۹ ق.م.)، ودیعه نیز تابع همان حکم است و، اختصاص یافتن نیابت به «نگاهداری مال» در عقد ودیعه، ماهیت آن را دگرگون نمی‌سازد.

ولی، همهٔ اشکال در این است که آیا، با شرط کردن ودیعه ضمن عقد لازم، اثر فوت و جنون و سفه یکی از طرفین در انحلال عقد نیز از بین می‌رود و ودیعه، همچون عقدی لازم، باقی می‌ماند، یا این تمهید تنها حق فسخ را از بین می‌برد و سایر خصوصیت‌های عقد جایز، از جمله انحلال آن به موت و جنون و سفه، حفظ می‌شود؟ آیا مالک و امین می‌توانند، با تصریح به این که نمی‌خواهند ودیعه به فوت و حجر و فسخ از بین برود، آن را در زمرهٔ عقود لازم درآورند؟

۱. در پاسخ نخستین پرسش می‌توان گفت، عقدی که به صورت شرط ضمن عقد دیگری می‌آید، از حیث پای‌بند بودن دو طرف به مفاد آن، تابع عقد اصلی می‌شود، بدون اینکه ماهیت آن دگرگون شود. ودیعه عقدی است مبتنی بر اذن مالک و جایز. اذن، با فوت و حجر شخص، منبع زایندهٔ خود را از دست می‌دهد و از بین می‌رود. وابستگی اذن به رضا و شخصیت طرف دیگر نیز ایجاب می‌کند که فوت و حجر او نیز پایه و متکای اذن را از بین ببرد و عقد را منحل سازد. با شرط کردن ودیعه ضمن عقد لازم، طرفین نشان می‌دهند که می‌خواهند پای‌بند به

۱. این اشتباه نویسندگان قانون مدنی نیز ریشهٔ تاریخی دارد: رجوع شود به: محقق، شرایع الاحکام، که دربارهٔ اثر جایز بودن عقد «ودیعه» می‌نویسد: «فیبطل بموت کل واحد منهما و بجنونه...».

پیمان خود باشند؛ این التزام را نیز قانونگذار با ماهیت اذن منافی نمی‌بیند و اجازه می‌دهد (مادهٔ ۶۷۹ ق.م.). ولی، اگر از این حد نیز فراتر رود و ارتباط اثر عقد با اراده و شخصیت طرفین قطع شود، دیگر نمی‌توان آن را «اذن» یا «نیابت در نگاهداری» شمرد. مرز بین ایجاد حق و تعهد و دادن اذن و نیابت در هم می‌ریزد و عقد ماهیتی دیگر می‌یابد.

از این که طرفین «ودیعه» را ضمن عقد لازم شرط کرده‌اند، چنین بر می‌آید که خواسته‌اند جوهر و ماهیت آن را حفظ کنند و پای‌بند به «ودیعه» باشند نه عمل حقوقی دیگر. پس، می‌توان نتیجه گرفت که اثر شرط از بین بردن اختیار فسخ است نه باقی ماندن ودیعه پس از فوت و حجر.

۲. در پاسخ پرسش دوم نیز می‌توان گفت، خواست دو طرف عقد، تا جایی که با قانون و اخلاق منافات نداشته باشد، محترم است. آنان می‌توانند، به هرگونه بخواهند، خود را پای‌بند سازند. منتها، باید دید ماهیت حقوقی آنچه خواسته‌اند چیست؟ ودیعه‌ای که قابل فسخ نباشد و به موت و جنون و سفه منحل نشود و وارثان مالک و امین را نیز پای‌بند کند، دیگر مبتنی بر اذن مالک و دادن نیابت نیست؛ حق و تکلیفی است که آنان در روابط خود ایجاد کرده‌اند و نفوذ رابطه را بایستی با ملاحظهٔ شرایط ویژهٔ هر قرارداد معین کرد.

در ودیعه، مالکیت به امین منتقل نمی‌شود و مالک می‌تواند از حق خویش استفاده کند. اجرای حق را می‌توان ضمن قراردادهای خصوصی و در رابطهٔ معین محدود کرد. ولی، هرگاه شرایط چنان معین شود که در دید عرف برابر با اسقاط این حق باشد، دیگر عمل حقوقی را نباید ودیعه نامید، زیرا شرط نمی‌تواند خلاف مقتضای عقد باشد.

۱۶. آثار شرط مدت :

اگر ودیعه برای مدت معینی باشد یا مدت به صورت شرط در عقد بیاید، ظاهر این است که طرفین نخواسته‌اند از این راه برای خود التزامی به وجود آورند. بنابراین، آوردن مدت در ودیعه، اصولاً حق فسخ را از بین نمی‌برد، مگر در مواردی که معلوم شود مقصود التزام به عقد تا پایان مدت بوده است.

شرط مدت در عقد ودیعه باعث می‌شود تا در پایان آن، بدون این که نیازی به اعلام ارادهٔ فسخ باشد، عقد منحل شود و اذن مالک از بین برود. پس، در پایان مدت، مستودع

نمی‌تواند به انتظار مطالبهٔ مالک بماند و مورد ودیعه را نگاهدارد. مال در دست او امانت شرعی است و باید در نخستین امکان به مالک رد شود.

۱۷. اثر انحلال ودیعه در وضع حقوقی امین :

در مواردی که «ودیعه» به دلیل فسخ یا فوت و حجر یکی از طرفین منحل می‌شود، مورد ودیعه نزد امین «امانت شرعی» است: یعنی، عنوان حقوقی متصرف مال از «امین مالک» تبدیل به «امین شرعی» می‌شود. این تغییر وضع، امین را مکلف می‌کند که مورد امانت را به کسی که حق تصرف و گرفتن آن را دارد رد کند و به انتظار مطالبهٔ مالک نماند. تأخیر در اجرای این وظیفه، نوعی تقصیر است و موجب می‌شود که صفت امانت از بین برود و متصرف در حکم غاصب به شمار آید.

اطلاق مادهٔ ۶۳۱ ق.م. این احتمال را تقویت می‌کند که، در صورت پایان یافتن موعد ودیعه، تا زمانی که مالک آن را مطالبه نکرده است، مستودع در حکم غاصب قرار نگیرد. دو طرف نیز می‌توانند به تراضی ترتیبی را که مایلند برای دوران بعد از انحلال مقرر دارند.

برای مثال، ممکن است در عقد ودیعه شرط شود که، در صورت فوت مالک، امین تا زمان رشد فرزند او مورد ودیعه را نزد خود نگاه دارد. امین، در این فرض وصی مالک در حفظ مال است و باید مفاد ارادهٔ او را رعایت کند.

فصل دوم

آثار ودیعه

مبحث اول : تعهدهای امین

۱۸. تعهدهای اصلی :

از استقراء در مواد قانون مدنی چنین بر می‌آید که تمام احکام ودیعه نسبت به امین در حدود دو تعهد اصلی او است :

۱) تعهد بر حفاظت؛

۲) تعهد بر رد مال به مالک.

پس، برای آسان کردن مطالعه، این دو تعهد و آثار و لوازم آن را در دو گفتار جداگانه بررسی می‌کنیم: در گفتار نخست، از آثار این تعهد و اثر قراردادهای مخالف بحث می‌شود و تکیه بر مسؤولیت امین در زمان ودیعه است. گفتار دوم، که در واقع پایان رابطهٔ قراردادی است، مسؤولیت امین تا زمان رد مال ودیعه مطرح است.

اهمیت بحث به ویژه در این است که احکام مربوط به امانت در عقد ودیعه از قواعد عمومی امانت‌های فرعی در عاریه و اجاره و وکالت و مضاربه و مانند اینها هم هست.

گفتار نخست: حفاظت از مال مورد امانت

الف: قواعد عمومی

۱۹. طبیعت و دوران تعهد:

در اثر عقد ودیعه و با سپردن مال به امین، او وظیفه دارد که از آن نگاهداری و محافظت کند: بدین معنی که نه تنها آن را رها نسازد و تلف نکند، از گزند حوادث خارجی نیز مصون دارد. به همین جهت نیز، اثبات این امر که مورد ودیعه در اثر حادثهٔ خارجی، مانند آتش‌سوزی یا دزدی، تلف یا ناقص شده است، امین را از مسؤولیت بری نمی‌کند؛ باید احراز شود که امین توانایی دفع خطر را نداشته و مواظبت‌های متعارف را در این زمینه انجام داده است (مادهٔ ۶۱۵ ق.م.).

تعهد امین در حفاظت از مورد ودیعه «تعهد به وسیله» است، یعنی ملتزم می‌شود تا در حدود عرف برای حفاظت از آن بکوشد و در این راه تعلیم‌های مالک و احکام قانون را رعایت کند، ولی سلامت مالی را که به او سپرده است تضمین نمی‌کند. پس، با تلف مال نمی‌توان ادعا کرد که امین به تعهد خود عمل نکرده است و باید اثبات شود که کوتاهی کرده و چنان که باید در حفاظت از مال نکوشیده است.

با وجود این، ممکن است امین برای اجرای تعهد خود انجام کار مشخصی را نیز عهده‌دار شود، مانند این که شرط کنند تا در ماشین ضدیخ بریزد یا گاوی را که به امانت دارد در برابر بیماری شایع واکسن بزند یا درخت میوه را سمپاشی کند. در این گونه موارد، تعهد امین نسبت به انجام آن کار مشخص «تعهد به نتیجه» است و انجام نشدن آن کار تقصیر محسوب می‌شود.

به هر حال، تعهد به حفاظت، تا زمانی که مال مورد ودیعه به مالک تسلیم نشده است، ادامه می‌یابد و با فسخ عقد از بین نمی‌رود. بنابراین، نباید چنین پنداشت که پس تعهد به «نگاهداری» و جایز بودن عقد ودیعه تعارض وجود دارد و چگونه ممکن است با قبول جواز ودیعه، از تعهد امین سخن گفت. زیرا، در نتیجهٔ پذیرفتن مورد عقد،

مستودع به حفظ مال و رد آن به مالک ملتزم می‌شود.[1]

۲۰. معیار مواظبت؛ مفاد تعهد :

کارهایی که امین برای مواظبت از مال باید انجام دهد، بر مبنای توافق و مفاد تعهدی که امین در عقد پذیرفته است معین می‌شود. مادهٔ ۶۱۲ ق.م. نیز در همین زمینه مقرر کرده است: «**امین باید مال مورد ودیعه را به طوری که مالک مقرر نموده حفظ کند...**». ولی در پیمانی دوستانه و رایگان، از همهٔ وظایف امین نام نمی‌برند و چگونگی مواظبت را به لیاقت و امانت او می‌سپارند تا هرگونه صلاح می‌بیند عمل کند. به همین جهت، مبنای تعیین مواظبتی را که امین باید معمول دارد نمی‌توان منحصر به مفاد قرارداد کرد. معیار عامی لازم است که نوع و چگونگی تکالیف امین را معین کند و در تنظیم روابط آنان راهنما قرار گیرد. این معیار در حقوق ما داوری «عرف» است که گاه به وسیلهٔ «قانون» نیز تکمیل می‌شود.

۱. داوری عرف : چنان که گفته شد، به طور معمول از همهٔ تکالیفی که امین در حفاظت از مال مورد ودیعه به عهده دارد سخنی گفته نمی‌شود. بر طبق قاعدهٔ کلی قراردادها، در این گونه موارد، داوری عرف مناط اعتبار است: یعنی، امین بایستی تمام مراقبت‌هایی را که به حکم عرف برای نگاهداری از امانت لازم است انجام دهد. در این باره، معیار سنجش، رفتار «مالک دلسوز و متعارف» است؛ انسانی نمونه که مظهر عادات و رسوم اجتماعی است و رفتار امین با او مقایسه و ارزیابی می‌شود.

بدین ترتیب، ضابطهٔ رفتار امین نوعی است نه شخصی و امین، قطع نظر از رفتاری که نسبت به ادارهٔ اموال خود دارد، باید در حفاظت از مورد ودیعه بر طبق «متعارف» عمل کند (مادهٔ ۶۱۲ ق.م.).

باید افزود، همان گونه که مواظبت «مالک دلسوز» بر حسب اوضاع و احوال و نوع و ارزش اموال تفاوت می‌کند، تکالیف عرفی امین نیز همیشه یکسان نمی‌ماند و تابع وضع زمان و مکان است.

۱. شهید ثانی، شرح لمعه، ج ۴، ص ۲۳۲.

۲. حکم قانون: دخالت قانونگذار در چگونگی نگاهداری از مال مورد امانت، بیشتر به منظور جبران ابهام قرارداد و عرف و تکمیل آنها است و جنبهٔ امری ندارد. برای مثال، در مادهٔ ۶۱۸ ق.م. آمده است که: «**اگر مال ودیعه در جعبهٔ سربسته یا پاکت مختوم به امین سپرده باشد، حق ندارد آن را باز کند والاّ ضامن است**». این حکم خواست مفروض مالک است که از ظاهر رفتار او (بستن جعبه و مختوم ساختن پاکت) استنباط می‌شود و قاعده‌ای است «تکمیلی». بنابراین، مادهٔ ۶۱۸ ق.م. مانع از آن نیست که به گونه‌ای دیگر تراضی شود و امین مجاز و گاه مکلف از معاینهٔ محتوای جعبه و پاکت باشد.

همچنین است در مورد منع امین از استعمال و انتفاع از مورد امانت (مادهٔ ۶۱۷ ق.م.) که ممکن است در عقد ودیعه این اختیار به امین داده شود، ولی در حالت عادی یکی از اسباب ضمان امین است[1]. یا ایداع مال مورد ودیعه نزد دیگری، که با اذن مالک امکان دارد، لیکن بدون اذن سبب ضمان امین می‌شود (مادهٔ ۶۷۲ ق.م.).

با وجود این، اگر ضرورت حفظ مال ایجاب کند که امین اجیر بگیرد و آن را با نظارت خود به او بسپارد (مانند استخدام انباردار) یا در حدود عرف از دیگران برای نگاهداری مورد ودیعه یاری بخواهد، نمی‌توان اقدام او را تعدی و تفریط به حساب آورد. ولی این اقدام مسؤولیت امین را در برابر مالک از بین نمی‌برد و تعهد او را در حفاظت از مال به گیرندهٔ آن منتقل نمی‌سازد.

۲۱. مسؤولیت امین :

گفته شد که تعهد امین در حفظ مال مورد ودیعه تعهد به مواظبت است، بدون این که نتیجهٔ کوشش خود را تضمین کند. بنابراین، هرگاه موضوع امانت در اثر حادثهٔ خارجی، مانند آتش‌سوزی یا دزدی، از بین برود و امین نتواند از تلف آن جلوگیری کند، مسؤول نیست (مادهٔ ۶۱۵ ق.م.). از این قاعده می‌توان نتیجه گرفت که امین تنها در مواردی

۱. پس، اگر امینی لباسی را که به او داده شده است بپوشد یا بر اتومبیل امانتی سوار بشود، اقدام او در حکم تعدی و تقصیر است، مگر اینکه استعمال آن لازمهٔ حفاظت باشد و به همین منظور نیز انجام شود (مانند راندن اتومبیل برای حفظ باطری و لاستیک‌ها)، رجوع شود به: علامهٔ حلی، تذکره، ج ۲، امانات.

مسؤولیت دارد که یا مال را خود تلف کند یا در انجام و خودداری از کاری که برای جلوگیری از تلف آن لازم است سستی ورزد.

مرسوم است که در این باره می‌گویند: «**امین ضامن تلف یا نقصان مالی که به او سپرده شده است نمی‌باشد، مگر در صورت تعدی و تفریط**» (مادۀ ۶۱۴ ق.م.).

۲۲. اثر تعدی و تفریط :

گذشته از موردی که تقصیر امین سبب تلف مال است یا اهمال او در حفظ مال باعث می‌شود تا ضامن تلف قرار گیرد، ارتکاب تعدی و تفریط باعث دگرگونی وضع حقوقی امین می‌شود و او را در حکم غاصب می‌سازد: بدین ترتیب که، از تاریخ تعدی و تفریط، ضامن هرگونه تلف یا نقصی است که در مال ودیعه حادث می‌شود. مسؤولیت امین دیگر منوط به اثبات تقصیر او نیست و علت تلف، هرچه باشد، حتی در موردی که خارجی و احترازناپذیر است، امین باید آثار آن را تحمل کند و زیان مالک را جبران سازد (مادۀ ۴۹۳ ق.م.).

باید افزود که مسؤولیت امین پس از تقصیر (تبدیل ید امانی به ضمانی) به معنی انفساخ عقد ودیعه نیست: یعنی نباید چنین پنداشت که تعدی و تفریط امین باعث انحلال عقد ودیعه می‌شود و به این دلیل است که امین، مانند بیگانه‌ای که بدون اذن مالک بر مال دیگری دست یافته است، ضامن هرگونه نقص و تلف آن است و مانند غاصبان با او رفتار می‌شود. در قانون مدنی، تعدی و تفریط در زمرۀ اسباب انحلال ودیعه و سایر عقود اذنی نیامده است. پس، به مقتضای اصل (استصحاب) ودیعه باقی می‌ماند و اذن مالک کارگزار است، منتها قانونگذار به دلیل تقصیر امین بر مسؤولیت او می‌افزاید.

ولی، آنچه باید مورد بحث قرار گیرد این است که، اگر امین دست از تعدی و تفریط بردارد و همچون امینی دلسوز به نگاهداری از مال مورد ودیعه بپردازد، آیا صفت امانت به او باز می‌گردد و وضع عادی خود را از نظر حقوقی باز می‌یابد، یا با ارتکاب تقصیر در شمار غاصبان در می‌آید و تا زمانی که مورد ودیعه را باز نگردانده است ضامن تلف و نقص آن خواهد بود؟ به بیان دیگر،

آیا تعدی و تفریط مانع از نفوذ و اعطای وصف امانت به مستودع متجاوز است و همین که از بین رفت دوباره ودیعه اقتضای طبیعی خود را باز می‌یابد، یا به کلی امانت را از بین می‌برد و ایجاد این وصف نیاز به اذن دوبارهٔ مالک دارد؟

قانون مدنی پاسخ روشنی به این پرسش نمی‌دهد، ولی اکثریت قاطع فقیهان امامیه نظر داده‌اند که صفت امانت زائل می‌شود و دوباره باز نمی‌گردد[1].

این گفته را با همهٔ شهرتی که بین نویسندگان دارد نمی‌توان پذیرفت. زیرا، تعدی و تفریط امین باعث انحلال عقد ودیعه نمی‌شود و بقای عقد به معنی بقای اذن مالک است. از سوی دیگر، می‌دانیم که آنچه سبب امانت است و تصرف امین را از غاصب ممتاز می‌سازد، «اذنِ مالک» است. بی‌گمان، هیچ مالکی راضی به تعدی و تفریط امین نیست. پس، در حالی که او به تجاوز و تقصیر مشغول است نباید از آثار «اذن» بهره‌مند شود. به بیان دیگر، تعدی و تفریط حائلی در راه نفوذ اذن ایجاد می‌کند که مانع از ایجاد اثر آن می‌شود. لیکن، هرگاه این مانع از بین برود، چرا منبع زایندهٔ امانت (اذن) نتواند دوباره کارگزار شود و صفت امانت را به مستودع بازگرداند؟

باضافه، مستودع پس از پشیمانی از تقصیر پیشین و اقدام به نگاهداری مال در حال «احسان» است و این عنوان مانع از آن می‌شود که بتوان او را ضامن و در زمرهٔ غاصبان آورد.

از ظاهر قانون مدنی نیز چنین بر می‌آید که در صورت قطع اذن (مطالبهٔ مالک) وضع حقوقی مستودع دگرگون می‌شود و در حکم غاصب قرار می‌گیرد نه از تاریخ تعدی و تفریط. زیرا، با این که قانونگذار در مقام بیان مسؤولیت امین بوده است، تعدی و تفریط را سبب ضمان می‌داند و انکار امانت و خودداری از ردِّ مال را باعث انقلاب ید امانی به ضمانی (مواد ۶۱۳و ۶۱۶و ۳۱۰ ق.م.). پس، مادهٔ ۴۹۳ قانون مدنی را که مقرر می‌دارد: «... اگر مستأجر تفریط یا تعدی نماید ضامن است، اگرچه نقص در نتیجهٔ تعدی و تفریط حاصل نشده باشد» باید تفسیر محدود کرد و آن را مخصوص به موردی دانست که مستأجر یا امین در حال تعدی و تفریط است.

---

۱. برای دیدن تفصیل نظر فقیهان، رک. عقود معین، ج ۴، ش ۳۴، ص ۵۷.

ب : اثر شرط مخالف

۲۳. اثر قرارداد خصوصی در مسؤولیت امین :

از آنچه گفته شد چنین برآمد که امین در صورت ارتکاب تعدی و تفریط مسؤول تلف یا نقص مال مورد ودیعه است و هرگاه نتوان تقصیری به او نسبت داد ضامن تلف قرار نمی‌گیرد. اکنون، این پرسش به میان می‌آید که آیا به وسیلهٔ قرارداد خصوصی می‌توان این نظام قانونی را تغییر داد یا قواعد مربوط به مسؤولیت امین در زمرهٔ قوانین امری است و قرارداد مخالف آن اعتبار ندارد؟

اثر قرارداد خصوصی در مسؤولیت امین و پرسشی را که از آن یاد کردیم می‌توان ضمن دو سؤال جزئی‌تر بدین شرح مطرح ساخت :

۱) آیا می‌توان در ودیعه شرط کرد که امین در صورت عدم ارتکاب تعدی و تفریط نیز ضامن تلف مال مورد ودیعه باشد؟

۲) آیا می‌توان در ودیعه شرط کرد که امین در صورت تعدی و تفریط نیز ضامن تلف نباشد؟

۲۴. شرط ضمان در صورت عدم تعدی و تفریط :

دربارهٔ امکان ضامن قرار دادن امین در تمام عقودی که شخصی به عنوان امین بر مال دیگری مسلط می‌شود، مانند اجاره و ودیعه و مضاربه و وکالت، بحث و تردید وجود دارد. تنها در عاریه است که نویسندگان قانون مدنی، به پیروی از فقه، اعلام کرده‌اند که: «**اگر بر مستعیر شرط ضمان شده باشد، مسؤول هر کسر و نقصانی خواهد بود، اگرچه مربوط به عمل او نباشد**» (مادهٔ ۶۴۲). در واقع، تمام بحث در این است که آیا مفاد مادهٔ ۶۴۲ ق.م. در سایر عقود امانی نیز قابل اجرا است، یا باید آن را ویژهٔ عاریه دانست و از قیاس پرهیز کرد؟ پاسخ این پرسش را یک بار در عقد اجاره بررسی کردیم و اکنون باید دید در ودیعه چگونه می‌توان شرط ضمان امین را توجیه کرد؟

مفاد مواد ۶۴۲ و ۶۴۳ نشانهٔ آن است که قانونگذار مفهوم نیابت را با مسؤولیت قراردادی امین در مورد بی‌تقصیری او قابل جمع می‌داند و شرط را خلاف نظم عمومی

نمی‌بیند. بنابراین، با تحلیلی که از مفاد عرفی و مقتضای ودیعه شد، دیگر تردیدی در نفوذ شرط احترام به قرارداد خصوصی در این زمینه باقی نمی‌ماند (مادهٔ ۱۰ ق.م.).[۱]

۲۵. شرط عدم ضمان در صورت تعدی و تفریط :

دربارهٔ نفوذ «شرط عدم مسؤولیت» نسبت به امینی که تقصیر کرده است، در عقد اجاره توضیح کافی داده شد و یادآور می‌شویم که، جز در مورد تلف مال به عمد و آنچه در حکم عمد است، در درستی این شروط نباید تردید کرد. به ویژه، در مورد کاهلی نسبت به حفظ مال مورد ودیعه، چون تعهد ریشهٔ قراردادی دارد و مسؤولیت ناشی از قواعد عمومی و قهری احکام قانون نیست، توافق اشخاص می‌تواند از آن بکاهد یا مسؤولیت ناشی از خطای امین را از بین ببرد.

شرط «عدم مسؤولیت» را نباید نوعی «ابراء» به شمار آورد و نتیجه گرفت که، چون پیش از تلف مال هنوز دینی برای امین ایجاد نشده است، اسقاط آن امکان ندارد.[۲] زیرا، معنی شرط این نیست که دین غیر موجود ساقط شود. به بیان دیگر، شرط عدم ضمان امین اقدامی است برای تغییر علت نه از بین بردن معلول. پس، حاکمیت اراده را، جز در مواردی که با نظم عمومی و اخلاق تعارض دارد، نمی‌توان به بهانهٔ «نامعقول بودن ابراء دینی که هنوز ایجاد نشده است» محدود کرد.

گفتار دوم: رد مال مورد امانت

۲۶. لزوم رد عین :

گفته شد که مستودع هیچ حقی در مال مورد ودیعه پیدا نمی‌کند و باید آن را پس از انحلال عقد به مالک بازگرداند. بنابراین، امین حق ندارد، حتی در صورتی که مورد امانت در زمرهٔ اموال مثلی است، آن را مصرف کند و مثل را تهیه و به مودع بدهد. برای

۱. برای دیدن نقد نظرهای مخالف و تفصیل مطلب، رک. عقود معین، ج ۴، ش ۳۶، ص ۵۶ ـ ۶۱.
۲. دکتر سید حسن امامی، حقوق مدنی، ج ۲، ص ۱۷۲.

مثال، اگر چند بستهٔ اسکناس در صندوق امانت بانک به ودیعه نهاده شود، بانک نمی‌تواند پول را به جریان اقتصادی و مبادله گذارد و معادل آن را به امانتگذار بدهد (مادهٔ ۶۱۹ ق.م.).

تعهد مربوط به رد عین مال تعهد به نتیجه است، یعنی تا زمانی که نتیجهٔ مطلوب به دست نیامده نمی‌توان امین را بری دانست و به همین دلیل نیز، بر طبق قواعد عمومی آئین دادرسی، اثبات رد مال با امین است و ادعای او بدون دلیل پذیرفته نمی‌شود[1].

ممکن است مورد ودیعه در دوران نگاهداری امین ناقص شود؛ ولی این نقص، تا جایی که در دید عرف به منزلهٔ تلف نباشد، امین را از تکلیف مربوط به رد عین معاف نمی‌کند. چنان که مادهٔ ۶۲۰ ق.م. در این باره می‌گوید: «**امین باید مال ودیعه را به همان حالی که در موقع پس دادن موجود است مسترد دارد و نسبت به نواقصی که در آن حاصل شده و مربوط به عمل امین نباشد ضامن نیست**».

تعهد ناظر به رد عین مال، به طور تبعی شامل منافع آن نیز هست. پس، اگر گوسفندی در دوران امانت بزاید، بره نیز موضوع تعهد قرار می‌گیرد (مادهٔ ۶۲۳ ق.م.). همچنین است بدلی که امین از غاصب گرفته است. مادهٔ ۶۲۱ ق.م. در این باره مقرر می‌دارد: «**اگر مال ودیعه قهراً از امین گرفته شود و مشارالیه قیمت یا چیز دیگر به جای آن اخذ کرده باشد، باید آنچه را که در عوض گرفته است به امانتگذار بدهد، ولی امانتگذار مجبور به قبول آن نبوده حق دارد مستقیماً به قاهر رجوع کند**». امکان رجوع مالک به غاصب از آن جا است که امین در مورد گرفتن بدل یا مثل و قیمت مال نیابت ندارد و اقدام او عمل فضولی است که می‌تواند مورد رد یا اجازهٔ مالک قرار گیرد.

باید افزود که مقصود از تکلیف رد عین است که مورد ودیعه در اختیار مالک قرار گیرد، به گونه‌ای که بتواند در آن تصرف کند، ولی امین وظیفه ندارد که خود آن را به نزد مالک برد یا هزینهٔ ارسال آن را تحمل کند.

۱. مشهور بین فقهاء این است که ادعای رد مال از سوی امین، برخلاف قاعده است و به استناد اخبار و به گفتهٔ بعضی اجماع، بدون دلیل پذیرفته می‌شود. ولی اگر ادعای او ناظر به رد به وارث مودع باشد باید دلیل بیاورد، زیرا امین او نبوده است (جواهر، ج ۲۷، ص ۱۳۸ ـ شرح لمعه، ج ۴، ص ۲۳۶ ـ تذکره، ج ۲، کتاب امانات، ودیعه، که علامه پذیرفتن این نظر را به دلیل تعارض با قاعده خالی از اشکال ندانسته است).

۲۷. شرایط تحقق تقصیر :

برای تحقق تقصیر امین در بازگرداندن مال ودعی، باید مالک آن را مطالبه کند و او از رد امتناع ورزد یا منکر ودیعه شود یا رد مال را بدون عذر موجه به تأخیر اندازد (مواد ۶۱۶ و ۶۳۲ و ۳۱۰ ق.م.). زیرا، با قطع اذن مالک، امانت مالکانه پایان می‌پذیرد و متصرف، به عنوان امین شرعی، باید در نخستین امکان عرفی مال را به مالک یا قائم مقام او رد کند. همچنین است در جایی که امین در برابر پرسش مالک از وجود امانت نزد او، منکر آن شود. زیرا، با قطع رابطهٔ امانی، ودیعه منحل می‌شود و متصرف غاصب و ملزم به رد مال است.

همین الزام در مورد فوت و جنون و سفه هریک از طرفین و پایان یافتن مدت ودیعه نیز اجراء می‌شود، با این تفاوت که دیگر نمی‌توان «مطالبهٔ مالک» را از شرایط تحقق تقصیر شمرد. با انحلال عقد و قطع اذن مالک، امانت نیز پایان می‌پذیرد و مجوزی برای ادامهٔ تصرف باقی نمی‌ماند. با وجود این، هرگاه امین عذر موجهی در تأخیر رد داشته باشد، مانند این که در صورت فوت مالک هنوز وراث او معلوم نباشند یا مال ودیعه به دلیل حجر مالک یا سایر حوادث در معرض تلف باشد، نباید او را مقصر پنداشت.

در هر زمان که مستودع به نیّت تملک مال و برای خود شروع به تصرف در آن کند، عنوان امین را از دست می‌دهد و ادامهٔ تصرف او تقصیر محسوب می‌شود، خواه این سوءنیت در آغاز تصرف و پذیرفتن مال باشد یا در خلال آن به وجود آید. زیرا، در عقود اذنی، که شخصی به نیابت از طرف دیگری اقدام می‌کند یا بر مال او سلطه می‌یابد، ادامهٔ رابطهٔ حقوقی منوط بر این است که دو طرف بر ارادهٔ خود باقی بمانند: مالک از اذن منصرف نشود و امین به قصد نیابت اقدام کند. پس، همانگونه که قطع اذن سمت امین را از بین می‌برد، عزم به غصب نیز ودیعه را منحل می‌سازد و به معنی فسخ ودیعه است.

منتها، دشواری کار در اثبات این تغییر نیت است که چگونه می‌توان قصد تملک و غصب را احراز کرد. راه یافتن به نیت مستودع جز از راه امارات ناشی از گفته‌ها و کارهای او امکان ندارد و انکار و پنهان داشتن ودیعه در برابر مطالبهٔ مالک یکی از آن

نشانه‌ها است[۱].

۲۸. اثر تقصیر :

خودداری و تأخیر در بازگرداندن مال ودیعه و همچنین انکار آن وضع حقوقی امین را دگرگون می‌سازد و او را در زمرهٔ غاصبان در می‌آورد. بنابراین، از تاریخ امتناع و انکار، امین ضامن تلف و نقص مورد ودیعه است، هرچند که به علت اسباب خارجی و احترازناپذیر باشد؛ چنان که مادهٔ ۶۱۶ قانون مدنی در این باره مقرر می‌دارد: «**هرگاه رد مال مورد ودیعه مطالبه شود و امین از رد آن امتناع کند، از تاریخ امتناع احکام امین به او مترتب نشده و ضامن تلف و هر نقص یا عیبی است که در مال ودیعه حادث شود، اگرچه آن عیب یا نقص مستند به فعل او نباشد**» و این مضمون در مادهٔ ۶۳۱ ق.م. نسبت به تمام کسانی که امین محسوب می‌شوند گسترش داده شده است و مادهٔ ۳۱۰ ق.م. در مورد انکار می‌گوید: «**اگر کسی که مالی به عاریه یا به ودیعه و امثال آنها در دست او است منکر گردد، از تاریخ انکار در حکم غاصب است**».

۲۹. لزوم رد مال به مودع یا قائم مقام او :

امین باید مورد امانت را به مودع رد کند و نمی‌تواند اجرای تعهد خود را منوط به اثبات مالکیت او سازد. پس، اگر بین مودع و شخص دیگری در مورد مالکیت مال ودیعه اختلاف باشد، امین باید آن را به مودع بدهد، مگر این که دادگاه ضمن قراری آن را نزد امین توقیف (تأمین) کند. مادهٔ ۶۲۴ قانون مدنی در این باره مقرر می‌دارد: «**امین باید مال مورد ودیعه را فقط به کسی که آن را از او دریافت کرده است یا قائم مقام قانونی او یا کسی که مأذون در اخذ می‌باشد مسترد دارد و اگر به واسطهٔ ضرورتی بخواهد آن را رد کند و به کسی که حق اخذ دارد دسترس نداشته باشد، باید به حاکم رد کند**». پس،

۱. تعدی و تفریط در مال و همچنین قصد انتفاع از آن چنین دلالتی ندارد. زیرا ممکن است امین به سمت خود باقی بماند و در نگاهداری اهمال کند. به همین جهت نیز گفته شده است که در تعدی و تفریط و انتفاع ارتکاب عمل تقصیر است نه قصد انجام آن.

امکان رد به حاکم نیز مشروط به ضرورت مورد و عدم دسترسی به مودع و نمایندهٔ او است و، برخلاف آنچه شهرت دارد، جز در مورد امتناع مالک و عدم دسترسی به او، دادن مال به حاکم یا سپردن آن به صندوق امانات یا صندوقهای ثبت و دادگستری مدیون را از انجام تعهد بری نمی‌کند.

با وجود این، اگر ثابت شود که مورد ودیعه به دیگری تعلق دارد و مودع آن را غصب کرده است، امین نباید وسیلهٔ تسلیط غاصب را فراهم کند و در مادهٔ ۶۲۵ ق.م. آمده است که: «... باید امین آن را به مالک حقیقی رد کند و اگر مالک معلوم نباشد تابع احکام اموال مجهول المالک است». منتها، باید افزود که از جمع مواد ۶۲۴ و ۶۲۵ ق.م. چنین بر می‌آید که مودع از نوعی امارهٔ مالکیت در برابر مستودع سود می‌برد: بدین بیان که، مودع مالک است و استحقاق گرفتن مورد ودیعه را دارد، مگر این که خلاف آن ثابت شود. این اماره در صورتی اعتبار دارد که ودیعه بنام امانتگذار باشد. ولی، هرگاه به وکالت یا ولایت و قیمومت و مانند اینها باشد و مالک استرداد آن را بخواهد و محجور نباشد، مورد ودیعه باید به او تسلیم شود (مادهٔ ۶۳۰ ق.م.). اما این حکم مانع از درخواست استرداد به وسیلهٔ ولی یا قیم محجور نمی‌شود.

احتمال دارد که مودع پیش از تسلیم مورد ودیعه فوت کند یا محجور شود. در چنین حالتی، اگر مودع مرده باشد، ودیعه به وارث او داده می‌شود (مادهٔ ۶۲۶ ق.م.). و «در صورت تعدد وراث و عدم توافق بین آنها مال ودیعه باید به حاکم رد شود» (مادهٔ ۶۲۷ ق.م.). در مورد حجر مودع، مادهٔ ۶۲۸ ق.م. مقرر می‌دارد: «اگر در احوال شخص امانتگذار تغییری حاصل گردد، مثلاً اگر امانتگذار محجور شود عقد ودیعه منفسخ و ودیعه را نمی‌توان مسترد نمود، مگر به کسی که حق اداره کردن اموال محجور را دارد».

۳۰. تعهد به رد معادل مورد ودیعه :

تکلیف مربوط به رد عین مال ودیعه ناظر به موردی است که آن مال موجود باشد، وگرنه، در صورتی که مال تلف شده است، گریزی از رد مثل یا قیمت آن وجود ندارد. مواردی را که باید معادل مورد ودیعه به مالک داده شود بدین شرح می‌توان خلاصه کرد:

۱. موردی که مال ودیعه در اثر تعدی و تفریط امین تلف شده یا در زمانی از بین رفته است که مسؤولیت تلف مال به عهدهٔ امین است، که باید مثل یا قیمت آن به عنوان بدل به مالک داده شود.

۲. صورتی که شخص خارجی مال را تلف کرده است و امین مثل یا قیمت آن را از او گرفته است (مادهٔ ۶۲۱ ق.م.). در این مورد، مالک می‌تواند بدلی را که امین گرفته است بخواهد یا به متلف رجوع کند.

۳. حالتی که مورد ودیعه از سوی امین بیمه شده و در اثر حادثهٔ خارجی از بین رفته است. در این مورد، امین دربارهٔ جبران خسارت مسؤولیتی ندارد، ولی نمی‌تواند خسارتی را که بیمه‌گر می‌پردازد تملک کند. زیرا، از تلف مال ضرری به او وارد نشده است تا برای جبران آن بتواند خسارت بگیرد. پس، ناچار بیمه در هر حال به سود مالک است که، اگر بخواهد از آن استفاده کند، باید پولی را که امین بابت حق بیمه پرداخته است به او بدهد (مواد ۶۳۳ و ۳۰۶ ق.م.).[1]

در مواردی که حکم به قیمت مال ودیعه داده می‌شود، دادرس باید بهای روز صدور حکم را مناط اعتبار قرار دهد. زیرا، بدین وسیله می‌خواهد پولی معادل آنچه تلف شده است به مالک بدهد و خسارت او را جبران کند. ولی پاره‌ای از مؤلفان، به این استدلال که در تاریخ تلف ذمهٔ مستودع مشغول به دادن قیمت شده است، معیار تعیین ارزش را تاریخ تلف دانسته‌اند[2]. پاسخ این استدلال و توجیه نظر نخست از مسائل مربوط به مسؤولیت مدنی و غصب است که در محل خود باید بررسی شود[3].

۱. پلنیول و ریپر و ساواتیه، ج ۱۱، ش ۱۱۷۸.
۲. دکتر سید حسن امامی، ج ۲، ص ۱۷۳ و ۱۷۴.
۳. ناصر کاتوزیان، دورهٔ مقدماتی حقوق مدنی، وقایع حقوقی، ش ۱۴۴.

مبحث دوم : تعهدهای امانتگذار

۳۱. قاعده؛ لزوم جبران خسارت امین :

عقد ودیعه تعهدی برای امانتگذار به وجود نمی‌آورد، مگر این که شرط عوض در آن شده باشد. ولی، در جریان اجرای مفاد عقد، امانتگذار نیز تعهدهایی در برابر امین پیدا می‌کند که ملزم به ایفای آنها است. هدف اصلی تعهدهای مالک این است که امین از بابت نگاهداری و حفظ و رد مال ودیعه زیانی نبرد. به همین جهت، قاعده این است که خسارات امین جبران شود، خواه منشأ ورود این خسارت صرف هزینهٔ نگاهداری و رد مال باشد یا تقصیر مالک.

۳۲. پرداخت هزینهٔ حفظ و رد مال :

به موجب مادهٔ ۶۳۳ ق.م.: «**امانتگذار باید مخارجی را که امانتدار برای حفظ مال ودیعه کرده است به او بدهد**». در مورد هزینه‌های ضروری مشکلی وجود ندارد، ولی دربارهٔ هزینه‌های مفید، ممکن است تردید شود که آیا امین می‌تواند، برای نگاهداری بهتر و مطمئن‌تر مال ودیعه، هر خرج را که به مصلحت می‌بیند بکند یا ضرورت نگاهداری شرط ایجاد تعهد برای امانتگذار است؟ برای مثال، برای حفاظت از گوهری گرانبها، بی‌گمان بهتر است که در صندوقی نسوز از آن نگاهداری شود یا امین آن را در برابر دزدی و آتش‌سوزی بیمه کند و گاه آن را به صندوق امانت بانک سپرد. ولی، بدون این تضمین‌ها نیز نگاهداری امکان دارد. حال، اگر امین برای آسودگی خیال خویش و حفاظت

بهتر از مال مورد ودیعه صلاح بداند که چنین مخارجی بشود، آیا مالک باید آن را بپردازد؟

در این باره، به طور کلی نمی‌توان داوری کرد. زیرا، شرایط و اوضاع و احوال حدود متعارف ضرورت را تغییر می‌دهد، ولی می‌توان رفتار انسانی متعارف را، که چگونه در آن شرایط از مال خود حفاظت می‌کند، معیار تمیز «هزینه‌های ضروری» قرار داد. و در تعریف آن باید گفت، هزینه‌هایی قابل مطالبه است که در نظر عرف و با توجه به شرایط زمان و مکان، احتمال مفید بودن آن به مراتب بیش از ضرر ناشی از تحمل مخارج باشد.

امین موظف است که مال ودیعه را به مالک رد کند: یعنی از آن دست بردارد و در اختیار مودع گذارد، ولی مکلف به تحویل آن نیست. به همین جهت، اگر رد مال مستلزم هزینه‌ای باشد، بر عهدهٔ امانتگذار است (مادهٔ ۶۴۳ ق.م.).

۴۳. وضع زیان‌های ناشی از عیب مال :

ممکن است در نتیجهٔ عیب موجود در مال ودیعه خساراتی برای امین به بار آید، چنان که در اثر فرسودگی سیم‌های برق اتومبیل، آتش‌سوزی رخ دهد و اموال امین بسوزد. در این گونه امور، قواعد عمومی مسؤولیت مدنی حکومت دارد: یعنی، باید اهمال مودع در نظر عرف سبب ورود خسارت به شمار آید. پس، برای گرفتن خسارت، امین باید ثابت کند که مودع از آن عیب آگاه بوده یا در دید عرف باید از آن آگاه می‌بوده است و به عمد یا در نتیجهٔ بی‌مبالاتی به امین اعلام نکرده یا پنهان داشته است. در این دعوای، هیچ اماره یا فرضی به سود امین وجود ندارد تا به استناد آن بتوان مودع را، بدون احراز رابطهٔ سببیت بین عمل او و ضرر، ضامن شناخت. بدین ترتیب، هرگاه عیوب آشکار مورد ودیعه یا عیوبی که امین نیز از آن آگاه است خسارتی ایجاد کند، مالک را نمی‌توان مسؤول قرار داد. زیرا، در این فرض، مسامحه و بی‌مبالاتی امین باعث ضرر شده است.

قانون مدنی در فصل ودیعه حکمی دربارهٔ این گونه خسارتها ندارد. ولی در مادهٔ ۶۳۹ آمده است: **«هرگاه مال عاریه دارای عیوبی باشد که برای مستعیر تولید خسارتی کند، معیر مسؤول خسارت وارده نخواهد بود، مگر اینکه عرفاً مسبب محسوب شود. همین حکم در مورد مودع و موجر و امثال آنها جاری می‌شود.»**

عقد عاريه

مقدمه

۳۴. تعریف :

در مادهٔ ۶۴۵ ق.م. می‌خوانیم: «عاریه عقدی است که به موجب آن احد طرفین به طرف دیگر اجازه می‌دهد که از عین مال او مجاناً منتفع شود. عاریه دهنده را معیر و عاریه گیرنده را مستعیر گویند». از این تعریف چنین بر می‌آید که: ۱) عاریه، برخلاف ایرادهایی که بر آن شده، عقد است ۲) اثر آن «اجازهٔ انتفاع» است نه تملیک منفعت یا دادن حق انتفاع.[1]

گذشته از دو خصوصیت یاد شده، که جوهر مقتضای عاریه را تشکیل می‌دهد، باید افزود که اجازهٔ انتفاع رایگان است. در عقد می‌توان شرط عوض کرد، ولی هرگاه عاریه بدون هیچ اشاره‌ای به عوض واقع شود، معیر نمی‌تواند به عنوان «استیفاء» از مستعیر پولی بخواهد[2]. زیرا، مبنای عاریه بر تبرّع و احسان به منتفع است و همهٔ احکام و مسؤولیت‌ها نیز بر همین پایه تعیین می‌شود.

۳۵. تمیز عاریه از سایر عقود:

از آنچه دربارهٔ تعریف عاریه گفته شد، این عقد را می‌توان از سایر اعمال حقوقی بازشناخت.

۱. برای توجیه نظری این دو نتیجه، رک. عقود معین، ج ۴، ش ۴۷.

۲. امکان شرط عوض در عاریه ناظر به موردی است که عوض جنبهٔ فرعی و تبعی پیدا کند، وگرنه در جایی که انتفاع از مالی در برابر عوض واگذار می‌شود، دیگر نمی‌توان آن را عاریه نامید. در این صورت عقد لازم است و احتمال دارد تابع قواعد اجاره یا یکی از عقود مربوط به ایجاد حق انتفاع باشد.

با وجود این، اشاره به تفاوت‌های اساسی عاریه و پاره‌ای از این اعمال مفید خواهد بود:

۱. **اجاره و عاریه** : اجاره عقدی است معوض و تملیکی، در حالی که عاریه رایگان و مبتنی بر «اذن در انتفاع» است و همین تفاوت باعث می‌شود تا اجاره در زمرهٔ عقود لازم و عاریه در شمار عقود جایز درآید. از همین جا است که مستأجر می‌تواند منافعی راکه تملک کرده است به دیگران انتقال دهد، ولی مستعیر تنها خود می‌تواند از اباحه استفاده کند.

۲. **عاریه و حق انتفاع** : تفاوت عاریه و عقودی که سبب ایجاد حق انتفاع می‌شود، مانند عمری و رقبی و سکنی و وقف، در این است که از عاریه اذن به وجود می‌آید و از آنها حق؛ پس، عاریه جایز است و آن عقود لازم.

۳. **قرض و عاریه** : چنان که گفته شد، قرض عقدی است تملیکی و شبه معوض، بدین معنی که مورد آن به وام گیرنده تملیک می‌شود تا او مثل آنچه را گرفته است به وام دهنده بازگرداند. ولی، عاریه عقدی است «اذنی ـ عهدی» و مستعیر باید عین آنچه را به او تسلیم شده است به معیر پس بدهد. به اضافه، قرض لازم و عاریه جایز است.

۴. **عاریه و اباحهٔ انتفاع** : اباحهٔ انتفاع مبتنی بر اذن مالک و در شمار ایقاعات است و می‌تواند ناظر به تلف عین نیز باشد، مانند اباحهٔ خوردنی‌ها، ولی عاریه در زمرهٔ عقود آمده است و تنها ناظر به انتفاعی است که عین مال را از بین نبرد.

فصل اول

انعقاد عاریه

۳۶. اراده و اهلیت طرفین :

دربارهٔ اراده و اهلیت طرفین بحث ویژه‌ای در عاریه ضرورت ندارد و گفتگوها همان است که در ودیعه گفته شد (ش ۹ـ۱۳). تفاوت‌های ودیعه و عاریه در این باب مانعی در راه اجرای احکام مشترک بین آنها ایجاد نمی‌کند، جز این که در عاریهٔ سفیه، تردیدها دربارهٔ نفوذ عاریه‌ای مطرح می‌شود که در آن مستعیر سفیه است و به رایگان از مورد عقد سود می‌برد. زیرا، اگر سفیه می‌تواند بدون نیاز به اذن ولی یا قیم خود تملک بدون عوض کند، چرا نتواند اذنی را که برای انتفاع مجانی به او پیشنهاد شده است بپذیرد؟ چنان که این بحث در مورد صغیر ممیز نیز مطرح می‌شود و دربارهٔ اثر سفه عاریه گیرنده در انحلال عقد نیز به میان می‌آید.

ولی، با این که عاریه رایگان است و صغیر ممیز یا سفیه در برابر انتفاع عوضی نمی‌پردازد، چون با امین قرار گرفتن موظف به نگاهداری از مورد عاریه و بازگرداندن آن به مالک می‌شود و مسؤول تلف و نقصی است که در نتیجهٔ اهمال او به بار می‌آید، نمی‌توان ادعا کرد که پذیرفتن عاریه هیچ ضرری برای او ندارد. این احتمال وجود دارد که محجور، در اثر نداشتن تجربه یا بی‌توجه ماندن به ارزش مورد عاریه، مواظبت لازم را از آن نکند و ضامن تلف یا نقص آن قرار گیرد. پس، حمایت از سفیه و صغیر ممیز ایجاد می‌کند که نفوذ عاریه‌ای که آنان پذیرفته‌اند منوط به اذن ولی یا قیم باشد و ملاک مواد

۱۲۱۲ و ۱۲۱۴ قانون مدنی استقلال آنان در این زمینه نمی‌رساند.[1]

۳۷. لزوم مالکیت منفعت برای عاریه دهنده :

عین مورد عاریه برای انتفاع به مستعیر داده می‌شود، ولی آنچه در واقع موضوع اباحه قرار می‌گیرد منفعت است، لزومی ندارد که معیر مالک عین و منافع باشد؛ چنان که مادهٔ ۶۳۶ قانون مدنی در این باره می‌گوید: **«عاریه دهنده، علاوه بر اهلیت، باید مالک منفعت مالی باشد که عاریه می‌دهد، اگرچه مالک عین نباشد»**. بنابراین، مستأجر می‌تواند مورد اجاره را به عاریه دهد، مگر این که این حق از او سلب شده باشد (مادهٔ ۴۷۴ ق.م.).

ولی، باید دید آیا صاحب حق انتفاع نیز می‌تواند موضوع آن را به عاریه دهد؟ طرح پرسش به این دلیل است که در حقوق ما دو عنوان «مالکیت منفعت» و «حق انتفاع» یکسان نیست (مادهٔ ۲۹ ق.م.) و حق انتفاع بی‌گمان درجهٔ ضعیف‌تر مالکیت است. پس، اگر قانون مدنی لازم بداند که عاریه دهنده مالک منفعت باشد، استنباط این که داشتن حق انتفاع نیز برای نفوذ عاریه کفایت می‌کند به آسانی امکان ندارد.

دشواری در این است که حق انتفاع، مانند عمری و رقبی و وقف، به طور معمول به رایگان داده می‌شود. در عقود مجانی، شخصیت طرف وگاه مباشرت او در انتفاع انگیزهٔ اصلی مالک در برقراری حق است و می‌دانیم که، هرگاه به موجب قراردادها یا اقتضای عرف انتفاع از مالی مقید به مباشرت شخص معین باشد (مادهٔ ۵۴ ق.م.)، دادن اجازهٔ انتفاع به دیگری امکان ندارد. پس، در چنین مواردی، که در حق انتفاع به مراتب شایع‌تر از مالکیت منفعت است، عاریه دادن مال امکان ندارد. ولی، در سایر موارد، به نظر می‌رسد که از جهت امکان عاریه دادن بین «حق انتفاع» و «مالکیت منفعت» تفاوتی نباشد و بتوان مفاد مادهٔ ۴۷۴ ق.م. را در اقسام حق انتفاع نیز به کار برد.[2]

برعکس، مستعیر نمی‌تواند مورد عاریه را به دیگری به عنوان «عاریه» بسپارد (مادهٔ

۱. برای دیدن نظر مخالف، رجوع شود به: دکتر سید حسن امامی، حقوق مدنی، ج ۲، ص ۱۸۳.
۲. دکتر سید حسن امامی، حقوق مدنی، ج ۲، ص ۱۸۰ و ۱۱۷.

۶۴۷ ق.م.)، زیرا هیچ حقی بر آن ندارد تا به دیگری واگذارد؛ مأذون در انتفاع است و اباحه تنها برای او ایجاد می‌شود.[۱]

۳۸. شرایط مورد عاریه :

برای این که عاریه به درستی واقع شود، مورد آن باید دارای شرایط زیر باشد:

۱. منفعت مورد عاریه باید معلوم و معین باشد: این شرط از قواعد عمومی قراردادها است، ولی در عاریه، که مبتنی بر احسان و مسامحه است، قابلیت تعیین و علم اجمالی کافی است. بنابراین، اگر کسی یکی از اسبان خود را به عاریه دهد و از مستعیر بخواهد که به میل خویش انتخاب کند، چنین عاریه‌ای درست است. منفعتی که هدف از عاریه است گاه در عقد معین می‌شود؛ چنان که زمین به طور صریح برای زراعت یا سکونت عاریه داده می‌شود. و گاه در عرف معین است و نیازی به تصریح ندارد، چنان که در عاریهٔ لباس معلوم است که برای پوشیدن است. در مواردی هم که مال منافع گوناگون دارد و عاریه بی‌قید و شرط واقع می‌شود، عرف حدود انتفاع را معین می‌سازد. به همین جهت، اگر زمینی به عاریه داده شود، مستعیر نمی‌تواند آن را رهن بگذارد یا تبدیل به قبرستان کند.

۲. منفعت مورد عاریه باید عقلایی و مشروط باشد: این شرط نیز در زمرهٔ قواعد عمومی است که در انتهای مادهٔ ۶۳۷ ق.م. بدین عبارت آمده است: «... منفعتی که مقصود از عاریه است منفعتی است که مشروع و عقلایی باشد».

۳. مورد عاریه باید در برابر انتفاعی که اذن داده شده است قابل بقاء باشد: بنابراین، خوراکی را برای خوردن نمی‌توان عاریه داد، ولی برای نمایش دادن در فروشگاه امکان دارد. چنان که گفته شد، عاریه به معنی اذن در انتفاع است و زمانی برای منفعت، جدای از عین، می‌توان اصالت قائل شد که در عالم خارج یا جهان اعتبار قابل جدا شدن از منبع اصلی خود باشد: یعنی، بتوان از منفعت استفاده کرد و عین را باقی نگاه داشت. پس، اگر مالکی اذن انتفاعی را به دیگری دهد که ملازمهٔ با اتلاف مال دارد، مانند

۱. مازو، دروس حقوق مدنی، ج ۳، ش ۱۴۳۹.

خوردن میوه یا نوشیدن آب، باید آن را تملیک عین و منفعت یا اباحهٔ انتفاع شمرد نه عاریه.

۳۹. بی‌اعتباری قبض :

تعریف عقد عاریه چنان است که، برخلاف ودیعه، هیچ توهمی برای اثر قبض در آن نمی‌رود. زیرا دادن اذن انتفاع ملازمه‌ای با تسلیم مال به مأذون ندارد. با وجود این، پاره‌ای از نویسندگان، به دلیل ملازمه و ارتباطی که بین مفهوم عقد و تعهد پنداشته‌اند، بر تعریف قانون مدنی خرده گرفته و ادعا کرده‌اند که عاریه با ایجاب و قبول واقع نمی‌شود و پیش از تسلیم مورد عاریه هیچ اثری ندارد.[1]

مبنای ادعای یاد شده این قاعده است که عقد به تراضی ویژه‌ای گفته می‌شود که از آن تعهد ایجاد شود (مادهٔ ۱۸۳ ق.م.). پیش از تسلیم مورد عاریه، هیچ‌یک از دو طرف تعهدی پیدا نمی‌کند، زیرا معیر حق دارد رابطه‌ای را که ایجاد شده است فسخ کند و مستعیر نیز تا مال را نگیرد ملتزم به نگاهداری و بازگرداندن آن نمی‌شود. در حالی که، بعد از تسلیم، عاریه‌گیرنده متعهد به حفاظت مال و رد عین آن می‌گردد و به همین دلیل نیز تاریخ قبض را، که آغاز ایجاد تعهد است، باید زمان وقوع عقد شمرد.

این استدلال را از دو جهت می‌توان مورد انتقاد قرار داد :

۱. برخلاف آنچه از مادهٔ ۱۸۳ قانون مدنی بر می‌آید، اثر عقد محدود به ایجاد تعهد نمی‌شود و قلمروی گسترده‌تر دارد: چنان که گاه باعث انتقال مالکیت می‌شود (مانند بیع و اجاره) و گاه باعث اعطای نیابت و دادن اذن می‌گردد (مانند ودیعه و عاریه و وکالت) و گاه از آن انتقال و سقوط تعهد به وجود می‌آید. بنابراین، به دلیل جایز بودن عاریه و ایجاد نشدن التزام از آن، نمی‌توان ادعا کرد که عقد عاریه با تسلیم مورد آن به مستعیر تمام و محقق می‌شود.

۲. سبب ایجاد تعهد مستعیر به حفاظت از مورد عاریه عقد است نه قبض. تسلیم مورد عاریه شرط تحقق تعهد است، بدین معنی که مستعیر ضمن عقد ملتزم می‌شود که، اگر مورد عاریه برای انتفاع به او داده شود، از آن نگاهداری می‌کند و با نخستین درخواست به مالک باز می‌گرداند.

۱. مصطفی عدل (منصور السلطنة)، ش ۶۹۲.

فصل دوم

آثار عاریه

مبحث اول: تعهدهای مستعیر

۴۰. حدود اختیار مستعیر در انتفاع:

عاریه گیرنده، در انتفاع از مورد عاریه، پای‌بند به مفاد اذن مالک است. بنابراین، در مرحلهٔ نخست، باید دید چه نوع انتفاعی برای مستعیر مباح شده است. تمیز دامنهٔ اذن در جایی که از مورد عاریه تنها انتفاع خاصی می‌توان برد دشوار نیست. برای مثال، اگر دوچرخه‌ای به عاریه داده شود، جز در موارد نادر، بیگمان برای سواری است و عاریهٔ لباس برای پوشیدن و کتاب برای خواندن. ولی، در فرضی که از مورد عاریه استفاده‌های گوناگون امکان دارد، مانند زمین، نوع آن باید در عقد معین شود.

با وجود این، نباید چنین پنداشت که تصریح نشدن به نوع انتفاع موجب بطلان عقد است. در عقود جایز، به ویژه در پیمان‌هایی مانند عاریه که به منظور احسان به دیگری و به طور رایگان بسته می‌شود، سختگیری‌های معمول در معاملات دیگر روا نیست. بنابراین، جایی که مالی به طور مطلق عاریه داده می‌شود، اذن مالک شامل انواع متعارف انتفاع از آن می‌شود و، هرگاه از اوضاع و احوال قضیه و داوری‌های عرف بتوان نوع انتفاع را معین کرد، عقد نافذ است و مستعیر باید این حدود را رعایت کند، وگرنه متجاوز و

مقصر به حساب می‌آید و در حکم امینی است که مرتکب تعدی و تفریط شده.

در موردی هم که نوع انتفاع معین است، چگونگی بهره‌برداری باید در حدود متعارف انجام شود. برای مثال، در عاریهٔ دوچرخه، مستعیر نمی‌تواند با آن بار حمل کند یا در عاریهٔ لباسی که به طور معمول در میهمانی یا رفت و آمد در شهر مورد استفاده قرار می‌گیرد، آن را برای کوهنوردی یا کار در مزرعه استفاده کند.

۴۱. فرسودگی ناشی از استعمال کالا :

استعمال بسیاری از کالاهایی که به عاریه داده می‌شود باعث کهنگی و فرسودگی مال است و از بهای آن می‌کاهد؛ چنان‌که سوار شدن بر اتومبیل یا پوشیدن لباس و استفادهٔ از فرش و اثاث خانه، به ویژه اگر مدت آن به درازا کشد، از این قبیل است. پس، این پرسش به میان آید که در مورد نقصی که علت خارجی ندارد ولی نتیجهٔ استعمال مشروع و مباح مستعیر است چه باید کرد؟ آیا عاریه‌گیرنده ضامن است و ضرر ناشی از آن را به عنوان عوض انتفاع باید تحمل کند، یا باید آن را به عنوان لازمهٔ اذن و اباحه بر دوش معیر نهاد؟[1]

مادهٔ ۶۴۱ قانون مدنی، پاسخ پرسش یاد شده را بدین گونه می‌دهد که: «**مستعیر مسؤول منقصت ناشی از استعمال مال عاریه نیست، مگر اینکه در غیر مورد اذن استعمال نموده باشد و اگر عاریه مطلق بوده برخلاف متعارف استفاده کرده باشد.**»

از لحن ماده چنین بر می‌آید که، اگر استعمال در حدود اذن انجام گیرد، هیچ ضمانی برای مستعیر به بار نمی‌آورد. پس، باید این حکم را به عنوان قاعده در هر مورد که زیانی به مالک می‌رسد، خواه در نتیجهٔ نقص یا تلف مورد عاریه باشد، به کار برد. ولی، این اشکال باقی می‌ماند که، جز در موارد تصریح در عقد، آیا می‌توان اجازهٔ استعمال را ناظر به صورت تلف مال نیز دانست یا باید آن را از قلمرو عادی اذن استثناء کرد؟

۱. نظر نخست، یعنی ضمان مستعیر را، پاره‌ای از فقیهان در عاریهٔ مضمونه تأیید و تقویت کرده‌اند (محقق ثانی، جامع‌المقاصد، ج ۱، ص ۳۴۵).

در پاسخ این پرسش بین فقیهان اختلاف شده است:[1]

نظری که میان تلف پیش‌بینی نشدهٔ مال و تلف ناشی از فرسودگی تفاوت نهاده قوی‌تر است، زیرا ظاهر از عاریه دادن این است که مستعیر از عین منتفع شود و آن را به مالک بازگرداند. پس، نباید آن را تا حد تلف مورد استعمال قرار دهد. ولی، اگر تلف مال نامنتظر یا در اثر حادثه‌ای باشد، بی‌گمان نمی‌توان مستعیر را به تجاوز از حدود اذن متهم کرد. با وجود این، چون ودیعه عقدی جایز است، اگر مالک بتواند استعمال مکرر یا مداوم مورد عاریه را حدس بزند و عقد را فسخ نکند، باید این سکوت را نوعی اجازهٔ ضمنی بر استعمال دائم در آن زمان دانست و ضمان تلف را بر عهدهٔ مالک نهاد.

آنچه گفته شد ناظر به صورتی است که در عقد عاریه شرط ضمان در مورد نقص یا تلف نشده باشد، وگرنه از مفاد شرط پیروی می‌شود. چنان‌که مادهٔ ۶۴۳ ق.م. در این باره مقرر می‌دارد: «**اگر بر مستعیر شرط ضمان منقصت ناشی از صرف استعمال نیز شده باشد، ضامن این منقصت خواهد بود**[2]».

۴۲. نفوذ شرط ضمان برای مستعیر :

در نفوذ شرط ضمان برای مستعیر تردید نیست، چنان‌که مادهٔ ۶۴۲ قانون مدنی در این باره می‌گوید: «**اگر بر مستعیر شرط ضمان شده باشد، مسؤول هر کسر و نقصانی خواهد بود، اگرچه مربوط به عمل او نباشد**».[3] دلیل اتفاق را می‌توان در این نکته خلاصه کرد که، چون عاریه به مصلحت مستعیر و تنها به سود او است، نهادن ضمان

۱. برای دیدن این اختلاف پیشنهادها و نظرهای فقیهان، رک. عقود معین، ج ۴، ص ۸۸.

۲. این شرط باید صریح باشد و شرط ضمان تلف بر مستعیر کافی نیست که نقص ناشی از استعمال نیز بر عهدهٔ او قرار گیرد. به همین جهت نیز در چنین حالتی، ضمان مستعیر ناظر به آخرین قیمتی است که مورد عاریه در اثر استعمال پیدا کرده است (برای دیدن نظر مخالف، رجوع شود به: محقق ثانی، جامع‌المقاصد، ج ۱، ص ۳۴۵).

۳. علامهٔ حلی، تذکره، ج ۲، کتاب امانات (عاریه) ـ محقق ثانی، جامع‌المقاصد، ج ۱، ص ۳۴۴ ـ مقدس اردبیلی، شرح ارشاد، کتاب عاریه ـ شهید ثانی، مسالک، ج ۱، ص ۳۱۴؛ شرح لمعه، ج ۴، ص ۲۶۴ـ شیخ محمد حسن نجفی، جواهرالکلام، ج ۲۷، ص ۱۸۳ ـ کاشف الغطاء، تحریر المجلة، ج ۳، کتاب ۶، ص ۵۱ به بعد.

تلف بر عهدهٔ او عادلانه به نظر می‌رسد. برخلاف ودیعه، که سبب می‌شود تا مستودع مالی را به رایگان محافظت کند و مسؤول تلف آن نیز بشود.

در موردی که طلا و نقره به عاریه داده می‌شود، فرض این است که، به دلیل گرانبها بودن این دو فلز، بر مستعیر شرط ضمان شده است. به همین دلیل نیز در مادهٔ ۶۴۴ قانون مدنی آمده است: **«در عاریهٔ طلا و نقره، اعم از مسکوک و غیرمسکوک مستعیر ضامن است، هرچند شرط ضمان نشده و تفریط یا تعدی هم نکرده باشد»**.

از فرض مبتنی بودن ضمان بر تراضی طرفین این نتیجه به دست می‌آید که، هرگاه آنان نخواهند، مستعیر را نباید ضامن شمرد. مادهٔ ۶۴۴ قانون مدنی در زمرهٔ قوانین تکمیلی است و شرط عدم ضمان را بیگمان باید نافذ شمرد.

با وجود این، نباید چنین پنداشت که حکم مادهٔ ۶۴۴ ق.م. را به یاری قیاس می‌توان دربارهٔ همهٔ فلزات گرانبها اجرا کرد. زیرا حکم ضمان امین بدون تقصیر امری استثنایی است و باید در حدود نص به کار برود.

۴۳. تأمین هزینهٔ انتفاع :

ممکن است انتفاع از مال مورد عاریه مستلزم صرف هزینه‌هایی باشد، چنان که برای سوار شدن بر ماشین باید در آن بنزین ریخت. تأمین این گونه هزینه‌ها را از معیر، که مال خود را به رایگان در اختیار مستعیر نهاده است، نباید انتظار داشت. زیرا، اذن در انتفاع را عرف شامل تعهد به پرداخت هزینه‌های آن نمی‌داند. بر همین مبنا است که در مادهٔ ۶۴۶ قانون مدنی آمده است که: **«مخارج لازمه برای انتفاع از مال عاریه بر عهدهٔ مستعیر است...»**.

قاعده‌ای که گفته شد، در واقع بیان کنندهٔ رضای مفروض طرفین و بنای توافق آنان است. به همین جهت، اگر در عقد شرط شود که عاریه دهنده بایستی هزینه‌های انتفاع از مال را بپردازد، از آن پیروی می‌شود، چنان که در پایان مادهٔ ۶۴۶ نیز آمده است که **«... مگر اینکه شرط خاصی شده باشد»**.

اشکالی که در این باره به نظر می‌رسد، راجع به هزینه‌هایی است که برای نگاهداری

عین مال و انتفاع از آن ضرورت دارد: مانند آب و علف حیوان و پاره‌ای هزینه‌های تعمیر ساختمان. در این گونه امور، در مرحلهٔ نخست باید به بنای تراضی و حکم عرف رجوع کرد. ولی، هرگاه نتوان حکم روشنی از آن منابع پیدا کرد، هزینه‌های مشترک را باید بر عهدهٔ معیر نهاد. زیرا، طبیعی است که هرچه به نگاهداری عین مربوط بشود به گونه‌ای در چگونگی انتفاع و مدت آن مؤثر است. پس، مقصود از «هزینهٔ انتفاع» مخارجی است که برای نگاهداری عین ضرروت ندارد و مالک می‌تواند از آن صرفنظر کند، لیکن در امکان یا بالا بردن کیفیت انتفاع اثر دارد: مانند رنگ دیواره‌های اطاق خانه یا هزینهٔ نظافت آن و سوخت بخاری و ماشین.

۴۴. ممنوع بودن تسلیط غیر بر مورد عاریه :

به موجب مادهٔ ۶۴۷ قانون مدنی: «مستعیر نمی‌تواند مال عاریه را به هیچ نحوی به تصرف غیر دهد مگر به اذن معیر». چنان که گفته شد، مستعیر نه مالک منافع مورد عاریه می‌شود نه حق انتفاع از آن را پیدا می‌کند. اثر عاریه اباحهٔ انتفاع است برای شخص مستعیر و اذن با توجه به شخصیت او داده می‌شود. بنابراین، مستعیر هیچ مال یا حقی برای واگذاردن به دیگری ندارد تا بتوان ادعا کرد که، به تبع واگذاری حق، می‌تواند مورد عاریه را نیز به تصرف او دهد.

تنها عنوانی که ممکن است مورد تردید قرار گیرد، به ودیعه سپردن مورد عاریه است. زیرا مستعیر متعهد به نگاهداری مورد عاریه است و گاه به مصلحت می‌بیند که، برای اجرای این تعهد، آن را به دیگری بسپارد. قانون مدنی، برای رفع همین تردید و با توجه به اینکه اذن مالک جنبهٔ شخصی دارد، تسلیط غیر را بر مال مورد عاریه ممنوع ساخته است. پس، هرگاه مستعیر مورد عاریه را به دیگری بسپارد یا عاریه دهد، متعدی به شمار می‌رود و مسؤول هر نقص یا تلفی است که، در نتیجهٔ وقایع خارجی یا عمل گیرندهٔ مال، حادث شود. گیرندهٔ مورد عاریه نیز، حتی در صورتی که از حقیقت آگاه نباشد، با مستعیر در برابر مالک مسؤولیت تضامنی دارد.

با وجود این، هرگاه مستعیر مورد عاریه را در خطر ببیند و به مالک نیز دسترسی

نداشته باشد و برای احتراز از آن خطر ناچار شود که آن را به دیگری بسپارد، نباید او را مقصر و در حکم غاصب به شمار آورد (ما علی المحسنین من سبیل).

۴۵. پرداخت هزینهٔ رد مال :

در مورد ودیعه، گفته شد که امین تعهدی به تحویل مورد امانت به مالک ندارد و فقط باید آن را در اختیار او گذارد. به همین جهت نیز قانون مدنی هزینهٔ رد مال را بر عهدهٔ امانتگذار قرار داده است (مادهٔ ۶۳۴ ق.م.). ولی، در مورد عاریه، حکمی در قانون مدنی وجود ندارد و مادهٔ ۶۴۵ مفاد مواد ۶۲۴ و ۶۲۶ تا ۶۳۰ را در عاریه نیز قابل اجراء می‌داند. پس، این پرسش به میان می‌آید که آیا می‌توان حکم مادهٔ ۶۳۴ ق.م. را، به عنوان قاعدهٔ مربوط به رد امانت، در عاریه اجرا کرد و هزینهٔ رد را بر عهدهٔ معیر قرار داد؟

پاسخ این پرسش منفی است. زیرا از مفاد مادهٔ ۲۸۱ قانون مدنی چنین بر می‌آید که، بر طبق قاعده، مدیون باید هزینهٔ انجام تعهد خود را بدهد (مادهٔ ۳۸۱ ق.م.). در ودیعه، چون امین به رایگان از مال امانتگذار حفاظت می‌کند، قانونگذار هزینهٔ رد آن را بر عهدهٔ او نگذارده است. ولی، در عاریه، که امین به رایگان از مال منتفع می‌شود، هیچ دلیلی برای معاف کردن او از پرداختن هزینهٔ تعهد وجود ندارد. به بیان دیگر، قیاس عاریه با ودیعه در این زمینه درست نیست و باید مستعیر را تابع قواعد عمومی تعهدات دانست.

مبحث دوم : تعهدهای معیر

۴۶. پرداخت هزینهٔ حفظ عین مال :

چنان که گفته شد، هزینهٔ انتفاع با مستعیر و هزینهٔ لازم برای حفظ عین با معیر است. منتها، دشواری در این است که در بسیاری موارد هزینه‌ها مشترک است؛ هم برای حفظ عین ضروری است و هم برای فراهم آمدن انتفاع. در این فرض است که باید در مرحلهٔ نخست به مفاد تراضی و بنای دو طرف رجوع کرد و در صورتی که از این منبع نیز استفادهٔ قاطع نشود، معیر را که ذینفع اصلی است مسؤول شناخت.

۴۷. جبران خسارات ناشی از عیب مال مورد عاریه :

به موجب مادهٔ ۶۳۹ قانون مدنی، مسؤولیت معیر ویژهٔ موردی است که در دید عرف مسبب ورود خسارت باشد، مانند این که عیوب مورد عاریه را به مستعیر نگوید یا آگاهی‌های لازم برای انتفاع بدون خطر از آن را به او ندهد. وجود رابطهٔ قراردادی برای احراز مسؤولیت معیر کافی نیست و باید ثابت شود که زیان وارد شده نتیجهٔ تقصیر او است (مواد ۳۳۳ و ۳۳۴ ق.م.).

۴۸. اثر شرط مخالف :

باید افزود که این دو تعهد را می‌توان به موجب شرط از بین برد؛ چنان که در عاریه شرط کرد که تمام هزینه‌ها به عهدهٔ مستعیر باشد (مادهٔ ۶۴۶ ق.م.) یا خسارات ناشی از

عیوب مورد عاریه بر عهدهٔ معیر قرار نگیرد (مادهٔ ۴۳۶ ق.م.).

این اصل را باید از نظر دور نداشت که عاریه مبتنی بر احسان است و رابطهٔ دو طرف تابع تراضی است. پس، اگر قانون نیز در این زمینه دخالت می‌کند، به منظور رفع اختلاف و بیان عرف و ارادهٔ مفروض دو طرف است و نباید از آن قیدی برای آزادی قراردادی ایجاد کرد.

فصل سوم

انحلال عاریه

۴۹. موارد انحلال :

عاریه عقدی است جایز (مادهٔ ۶۳۸ ق.م.). بنابراین، بر طبق قواعد عمومی، در صورت فسخ هریک از طرفین یا فوت و حجر آنان منحل می‌شود. قانون مدنی در مادهٔ ۶۳۸ تنها به موت هریک از دو طرف، به عنوان سبب انفساخ عقد، اشاره کرده است. ولی، حجر نیز، از جهت انتفاء اذن، در حکم موت است و نباید چنین پنداشت که قانونگذار خواسته است عاریه را از قواعد عمومی حاکم بر عقود جایز استثناء کند (مادهٔ ۹۵۴ ق.م.) بنابراین، عاریه به موت و جنون و سفه هریک از طرفین منفسخ می‌شود و در این حکم، جز در مورد سفه مستعیر، هیچ تردید وجود ندارد.

۵۰. عاریهٔ زمین برای دفن میت :

اگر زمینی برای دفن میت به عاریه داده شود، عقد عاریه اوصاف اصلی خود را از دست نمی‌دهد و معیر می‌تواند، هر زمان بخواهد، آن را بر هم زند. ولی، آنچه در این مورد اختیار معیر را محدود می‌سازد، لزوم احترام به مردگان و ممنوع بودن نبش قبر است. در واقع، مانع اخلاقی و مذهبی مربوط به نبش قبر، چون جنبهٔ اجتماعی دارد و مربوط به حقوق عموم است، بر حق خصوصی معیر مقدم است و آن را، تا جایی که

فرض تعارض می‌رود، محدود می‌سازد. به اضافه، در تراضی دو طرف و با توجه به داوری عرف، این شرط ضمنی وجود دارد که تا مرده نپوسیده است معیر نتواند زمین را پس بگیرد.

بنابراین، پس از عاریه و قبل از دفن میت، معیر می‌تواند رد زمین را بخواهد. همچنین، اگر به دلیلی، مانند سیل و رسیدگی به جرم، مرده از زمین بیرون آید، رجوع معیر مانع از دفن مجدد آن می‌شود و نمی‌توان به استناد «لزوم عاریه» آن را ندیده گرفت. پس از دفن نیز، فسخ معیر رابطهٔ قراردادی و اباحهٔ انتفاع رایگان را از بین می‌برد و به همین دلیل، اگر در عرف محل برای دفن اجرت‌المثل پرداخته شود و این امر با بنای طرفین تعارض نداشته باشد، معیر می‌تواند آن را مطالبه کند یا از باب معطل ماندن زمین خود خسارت بخواهد[1].

۵۱. عاریهٔ زمین برای ساختن بنا یا زراعت و درختکاری:

در این گونه موارد، پس از انحلال عاریه، خراب کردن بنا و قلع درخت و زراعت پیش از رسیدن محصول به نظر عادلانه نمی‌رسد. همین احساس ظلم موجب شده است که حقوقدانان برای جلوگیری از آن تمهیداتی بیندیشند.[2]

در قانون مدنی نیز نسبت به سرنوشت بنا و زرعی که به اذن مالک ایجاد شده است و پس از پایان مدت آن باید به گونه‌ای با وضع جدید منطبق شود، دو راه حل متفاوت وجود دارد و همین امر یافتن قاعده را در این زمینه دشوارتر می‌سازد، زیرا:

۱. در مادهٔ ۵۰۴ قانون مدنی آمده است که: «هرگاه مستأجر به موجب عقد اجاره مجاز در بنا یا غرس بوده موجر نمی‌تواند مستأجر را به خراب کردن یا کندن آن اجبار کند و بعد از انقضای مدت، اگر بنا یا درخت در تصرف مستأجر باقی بماند، موجر حق مطالبهٔ اجرت‌المثل زمین را خواهد داشت و، اگر در تصرف موجر باشد، مستأجر حق مطالبهٔ اجرت‌المثل بنا یا درخت را

۱. علامهٔ حلی، تذکره، ج ۲، کتاب عاریه ـ شیخ محمد حسن نجفی، جواهرالکلام، ج ۲۷، ص ۱۷۸ ـ دکتر سید حسن امامی، حقوق مدنی، ج ۲، ص ۱۸۴.

۲. در این باره، رک. عقود معین، ج ۴، ش ۶۵.

خواهد داشت».

بنابراین، اگر بنا یا درختی به اذن مالک در زمینی احداث یا کاشته شود، پس از پایان مدت نیز اذن باقی می‌ماند و مالک حق ازالهٔ آن را ندارد.

۲. مادهٔ ۵۴۰ قانون مدنی مقرر می‌دارد: **«هرگاه مدت مزارعه منقضی شود و اتفاقاً زرع نرسیده باشد، مزارع حق دارد که زراعت را ازاله کند یا آن را با اخذ اجرت‌المثل ابقاء نماید».**

تفاوت حکم دو مادهٔ ۵۰۴ و ۵۴۰ ق.م. سابقهٔ تاریخی دارد و ناشی از تفاوتی است که در فقه میان بنا و غرس از سویی و زراعت از سوی دیگر گذارده‌اند و بر همین مبنا حکم ازالهٔ زراعت در عقد را با قلع بنا و درخت یکسان ندانسته‌اند[1].

از این دو حکم، آنچه در مادهٔ ۵۴۰ آمده است با قواعد سازگارتر به نظر می‌رسد و راه حل منصفانه مادهٔ ۵۰۴ را نمی‌توان به سایر موارد تعمیم داد[2]. حکم اخیر به دلیل پایدار بودن بنا و غرس در زمین است، بدین معنی که وقتی موجر اذن می‌دهد که مستأجر در زمین او خانه بسازد یا درخت بکارد، این اذن ارتباطی به مدت اجاره ندارد و، به حکم عرف و ظاهر، بر مبنای اعطای حق انتفاع از زمین است نه اباحهٔ ساده.

در هر حال، بر مبنای آنچه در تعیین ضابطهٔ این گونه انتفاعها گفته شد، اگر از شرایط و اوضاع و احوال یا داوری عرف چنین فهمیده شود که معیر خود را پای‌بند به اذن یا رسیدن محصول (در مورد زرع) یا بقای ساختمان و درخت (در مورد بنا و غرس) کرده است، باید از بنای تراضی پیروی شود. ماهیت حقوقی رابطه را نیز باید با توجه به شرایط عقد تعیین کرد نه نامی که طرفین بر آن نهاده‌اند.

برعکس، هرگاه احراز شود که اذن در دید طرفین قابلیت رجوع را دارد، معیر می‌تواند پیمانی راکه بسته است فسخ کند، بدون این که ملتزم به دادن خسارت باشد. در صورتی می‌توان از کسی که حق خویش را اجراء می‌کند خسارت مطالبه کرد که ثابت شود از حق «سوءاستفاده» شده است.

۱. مسالک، ج ۱، ص ۳۱۶ ـ جواهر، ج ۲۷، ص ۱۶ (مزارعه).

۲. در جایی که اجرای قاعدهٔ لاضرر (جلوگیری از اقدام ضرری) به سود مستعیر با اجرای آن در مورد معیر تعارض پیدا کند، قاعده این است که باید تعارض دو ضرر باعث سقوط قاعده از هر دو جانب شود و قواعد عمومی ضابطهٔ حکم قرار گیرد، نه اینکه اجرای قاعدهٔ لاضرر از هر دو سو باعث تعدیل قواعد عمومی شود.

۵۲. عاریهٔ دیوار برای نهادن سرتیر :

قاعده‌ای را که در مورد بنا و درخت گفته شد، در مورد عاریهٔ دیوار به منظور نهادن سرتیرِ عمارتِ همسایه بر آن نیز باید رعایت کرد. در این فرض، در غالب موارد ظاهر این است که، بر طبق بنای تراضی، صاحب دیوار حق رجوع از اذن را، تا زمانی که ساختمان هر دو طرف پابرجاست و ضرری به دیوار نمی‌رسد، ندارد، مگر این که خلاف آن ثابت شود. زیرا، هیچ عاقلی بر مبنای اذنِ قابل رجوع چنین اقدامی نمی‌کند و به استقبال خطر نمی‌رود.

مادهٔ ۱۲۰ قانون مدنی در این باره می‌گوید: «**اگر صاحب دیوار به همسایه اذن دهد که بر روی دیوار او سر تیر بگذارد یا روی آن بنا کند، هر وقت بخواهد می‌تواند از اذن خود رجوع کند، مگر اینکه به وجه ملزمی آن حق را از خود سلب کرده باشد**». ولی، باید دانست که، بر طبق مستفاد از مادهٔ ۱۰ قانون مدنی، خواستهٔ طرفین و قرار آنان، خواه به صورت عقد مستقل یا شرط در ضمن عقد باشد، خود یکی از وجوه الزام‌کننده است. زیرا نیروی الزام‌آور قراردادها ناشی از «تراضی دو اراده» است نه صورت خارجی و شکل توافق. بنابراین، در هر جا که احراز شود مقصود ایجاد التزام است باید از آن پیروی شود.

عقد وکالت

عقد وکالت

۵۳. تعریف :

بر طبق مادهٔ ۶۵۶ ق.م.: **«وکالت عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین طرف دیگر را برای انجام امری نایب خود می‌نماید».** از این تعریف نتایجی به دست می‌آید که در شناخت ماهیت و اوصاف وکالت اهمیت ویژه دارد :

۱. **اثر عقد وکالت اعطای نیابت است** : بدین معنی که موکل اقدام وکیل را، در انجام دادن اعمال حقوقی، به منزلهٔ اقدام خود می‌داند و به او اختیار می‌دهد که به نام و حساب موکل تصرفاتی کند. بنابراین، وکیل نسبت به آثار اموری که انجام می‌دهد، در حکم واسطه است و آنچه می‌کند برای موکل است: تعهدهایی که پذیرفته است بر موکل تحمیل می‌شود و اگر نفعی در بین باشد برای او است.

به طور معمول، عمل حقوقی را که وکیل انجام می‌دهد به نام موکل است، یعنی در قرارداد از او نام می‌برد تا طرف دیگر بداند با چه کسی پیمان می‌بندد. ولی، گاه نیز نام موکل در این رابطه پنهان می‌ماند: قرارداد به حساب موکل و به نام وکیل منعقد می‌شود و او خود عهده‌دار اجرای تعهدهای ناشی از عقد می‌گردد (مادهٔ ۱۹۶ ق.م.). در حقوق تجارت نیز، با اینکه حق‌العمل کار به اسم خود و به حساب آمر معامله می‌کند (مادهٔ ۳۵۷ ق.ت.)، قانونگذار آن را در حکم وکالت می‌داند و، جز در موارد استثنایی، رابطهٔ حق‌العمل کار و آمر را تابع مقررات وکالت در قانون مدنی می‌داند (مادهٔ ۳۵۹ همان قانون). با وجود این، چون طبیعت «نمایندگی دادن» ایجاب می‌کند که وکیل واسطهٔ انجام عمل حقوقی و ایجاد تعهد برای موکل باشد و خود عهده‌دار امری

نشود، این گونه قراردادها را، که شخص تنها به حساب دیگری و به نام خود معامله می‌کند، باید «در حکم وکالت» شمرد.

۲. نیابت در امور اعتباری و ارادی است: از ظاهر مادهٔ ۶۵۶ چنین بر می‌آید که موضوع وکالت ممکن است انجام «عمل حقوقی» باشد، مانند فروش خانه یا فسخ اجاره و طلاق، یا امر دیگری که در شمار اعمال مادی است و برای موکل انجام می‌شود، مانند مقاطعهٔ ساختن بنا یا تهیهٔ نقشهٔ آن یا انجام عمل جراحی و نقاشی.

با وجود این، باید پذیرفت که نیابت در اموری قابل استفاده و تصور است که به اراده انجام شود و آثاری به بار آورد که وضع حقوقی موکل را تغییر دهد. وانگهی، پاره‌ای از مواد مربوط به وکالت در صورتی مفهوم درست پیدا می‌کند که نمایندگی مربوط به عمل حقوقی باشد. برای مثال، در مادهٔ ۶۶۲ آمده است که: «وکالت باید در امری داده شود که خود موکل بتواند آن را بجا آورد. وکیل هم باید کسی باشد که برای انجام آن امر اهلیت داشته باشد».

مفاد ماده در صورتی معنی پیدا می‌کند که وکالت ناظر به عمل حقوقی باشد، زیرا، تنها در این امور است که اهلیت موکل برای تصرف در اموال خود و اهلیت وکیل برای انجام دادن آن مطرح می‌شود. به اضافه، توان مادی اجرای وکالت شرط درستی آن نیست و فایدهٔ اصلی آن در فرضی نمودار می‌شود که موکل توان مادی اجرای وکالت را ندارد.[1]

فقیهان امامیه نیز، با این که دربارهٔ اختصاص موضوع وکالت به اعمال حقوقی تصریح نکرده‌اند، از تعریف مشهور آنان «استنابهٔ در تصرف» چنین بر می‌آید که وکالت باید در امری داده شود که از نظر حقوقی آثاری برای موکل به بار آورد و در اصطلاح آنان «تصرف حقوقی» باشد.

درجهٔ دخالت وکیل تفاوت می‌کند؛ ممکن است تنها ناظر به گفتن ایجاب و قبول و امضای سند باشد یا حق تصمیم گرفتن و مذاکره در باب شرایط عمل حقوقی نیز به او واگذار شود. با وجود این، جایی که شخص واسطه تنها وسیلهٔ اجرای دستور و اعلان اراده است، مانند نامه بر در عقد بین غایبان یا کارمندان مأمور فروش بلیط به واردین یا مشاور در امور حقوقی و تجارتی، نبایستی پیمان را وکالت نامید.

۱. در این باره، رک. عقود معین، ج ۴، ش ۶۷، ص ۱۰۹.

فصل اول

انعقاد وکالت

۵۴. تقسیم مطالب:

فصل مربوط به انعقاد وکالت را، که در واقع ناظر به شرایط درستی و نفوذ این قرارداد است، در سه مبحث جداگانه بررسی می‌کنیم:

مبحث اول، به لزوم ایجاب و قبول و چگونگی اعلام و اثبات آن و سایر مسائل ویژهٔ قصد و رضا اختصاص می‌یابد.

در مبحث دوم، اهلیت لازم برای موکل و وکیل را بررسی می‌کنیم؛

در مبحث سوم، به شرایط موضوع وکالت و قلمرو آن در دارایی موکل پرداخته می‌شود.

بدین ترتیب، در نخستین فصل، اجرای قواعد عمومی تراضی و اهلیت در عقد امانی ـ نیابتی وکالت مطرح می‌شود تا ویژگی‌های آن قواعد به دست آید و با طبیعت این عقد معین، که هدف اصلی آن اعطای نیابت و نمایندگی است، سازگار شود. پس، اگر پاره‌ای از قواعد عمومی قراردادها دوباره مطرح است، نباید آن را اقدامی تکراری و بیهوده شمرد.

مبحث اول: تراضی

۵۵. لزوم ایجاب و قبول:

مادهٔ ۶۵۶ ق.م.، به پیروی از نظر مشهور در فقه[1]، وکالت را «عقد» دانسته است. نویسندگان این قانون، برای دفع هرگونه تردید، در مادهٔ ۶۵۷ افزوده‌اند: «تحقق وکالت منوط به قبول وکیل است».

با وجود این، نظریهٔ «ایقاع بودن وکالت» در احکام این عقد، چه در فقه و چه در قانون مدنی، بی‌اثر نبوده است و نشانه‌های بارز آن را به خوبی می‌توان مشاهده کرد:

۱. از آنجا که اثر مهم نیابت دادن به وکیل، مأذون ساختن او در پاره‌ای تصرفات است، بسیاری از فقیهان دو مفهوم «اذن» و «نیابت» را با هم مخلوط ساخته‌اند. به نظر اینان، وکالت صورتی خاصی از اذن است که به شکل ایجاب و قبول داده می‌شود. پس، اگر حادثه‌ای باعث بطلان یا انحلال عقد شود، موجب از بین رفتن اذن عام نمی‌گردد. بنابراین، تا زمانی که اذن باقی است، وکیل می‌تواند بر مبنای آن در مال موکل تصرف کند. مادهٔ ۶۸۱ قانون مدنی نیز، یکی از آثار این تحلیل را بدین عبارت پذیرفته است که: «**بعد از اینکه وکیل استعفا داد، مادامی که معلوم است موکل به اذن خود باقی است، می‌تواند در آنچه وکالت داشته اقدام کند**» و این حکم

۱. محقق، شرایع، وکالت ـ علامهٔ حلی، تذکره، ج ۲، وکالت؛ قواعد، وکالت ـ شهید ثانی، مسالک، ج ۱، ص ۳۳۲؛ شرح لمعه، ج ۴، ص ۳۶۸ به بعد ـ سید محمد جواد عاملی، مفتاح‌الکرامة، ج ۷، ص ۵۲۲ به بعد ـ محقق ثانی، جامعه المقاصد، ج ۱، ص ۴۸۴ ـ و در فقه عامه: ابن قدامه، المغنی، ج ۵، ص ۶۷، ش ۳۶۸۹.

در صورتی منطقی به نظر می‌رسد که وکالت مخلوطی از یک عقد و یک ایقاع (اذن) باشد، یا وکالت در زمرهٔ ایقاعات درآید. زیرا، اگر وکالت عقد باشد و اعتبار ایجاب آن بیش از سایر قراردادها به حساب نیاید، نفوذ و بقای اذن موکل منوط به وجود متکای اصلی آن، یعنی عقد است: به بیان دیگر، نیابت اثر عقد است نه اثر ارادهٔ موکل. بنابراین، با انحلال عقد نباید هیچ چیز باقی بماند و منشأ اثر حقوقی شود. اذن در قالب این کل تجزیه‌ناپذیر (مجموعهٔ ایجاب و قبول) داده می‌شود و با شکسته شدن آن از بین می‌رود.

۵۶. شکل ایجاب :

چنان که گفته شد، ایجاب وکالت نیز، مانند قبول وکیل، ممکن است به وسیلهٔ لفظ و نوشته یا فعل باشد و هیچ شکل خاصی برای نفوذ یا امکان اثبات آن وجود ندارد. ایجاب نیز ممکن است ضمنی و به اذن فحوی باشد: مانند این که زن نسبت به شوهر در پاره‌ای امور مربوط به خانواده یا مأموران دولتی نسبت به انعقاد قراردادهایی که لازمهٔ اداره است، وکیل ضمنی هستند.

با وجود این، در مواردی که موضوع وکالت انجام عمل حقوقی است که انعقاد یا اثبات آن نیاز به تنظیم سند رسمی دارد، وکالتنامه باید سند رسمی باشد. زیرا، هدف از تنظیم سند رسمی به طور معمول حفظ نظم عمومی یا جلب توجه امضاءکنندگان سند به آثار ناشی از آن است و رسیدن به این هدفها ملازمه با رسمی بودن وکالتنامهٔ مبنای سند انتقال دارد:

برای مثال، بر طبق مادهٔ ۲۲ قانون ثبت، نقل و انتقال املاک ثبت شده باید به موجب سند رسمی باشد. هدف از این ماده، گذشته از حفظ حقوق دو طرف معامله و جلب توجه آنان، جلوگیری از وقوع معاملات معارض و کاستن از دعاوی مربوط به املاک و در نتیجه حفظ صلح اجتماعی و نظم عمومی است. قانونگذار می‌خواهد مطمئن شود که سند به وسیلهٔ مالک حقیقی امضاء می‌شود و دیگری در آن دخالت ندارد، ولی آیا با پذیرفتن وکالتنامهٔ عادی از سوی مالک به این هدف خلل وارد نمی‌شود؟ و آیا در این صورت می‌توان مطمئن شد که مالک (موکل) به انتقال راضی بوده است؟

دادن وکالت و تفویض اختیار به وکیل مقدمهٔ تنظیم سند انتقال و امضای آن از سوی موکل است. پس، اگر ثبت سند اصلی در دفتر اسناد واجب باشد، ثبت مقدمهٔ آن (وکالتنامه) نیز به حکم عقل واجب است. در واقع، لزوم رسمی بودن وکالتنامه در این گونه موارد، یکی از مثالهای بارز بحث مربوط به «مقدمهٔ واجب» در علم اصول است که فایدهٔ عملی آن را در حقوق کنونی نشان می‌دهد.

۵۷. توالی ایجاب و قبول :

در این که بین ایجاب و قبول وکالت ممکن است مدتها فاصله افتد، میان نویسندگان حقوقی اختلاف مهمی وجود ندارد.

ولی، آنچه از نظرها دور مانده این است که، ارتباط معنوی ایجاب و قبول را نباید با اتصال مادی الفاظ اشتباه کرد. باید دو طرف عقد، خواه جایز باشد یا لازم، دربارهٔ یک مفهوم به توافق رسند. لازمهٔ تراضی این است که، نه تنها هر دو طرف مفاد یک اثر را بخواهند، این نیز هست که قبول در زمانی گفته شود که ایجاب به حیات حقوقی و اعتباری خود ادامه می‌دهد. دوام ایجاب به ارادهٔ گویندهٔ آن ارتباط دارد و این اراده را به یاری شواهد و داوری عرف باید احراز کرد. مدت اعتبار ایجاب فروشندهٔ دوره‌گردی که بهای میوه را به شما اعلام می‌کند با پیشنهاد مقاطعه‌کاری که ساختن سدی را به عهده می‌گیرد یکسان نیست.

اذن در تصرف نیز همیشه به یک اندازه ادامه ندارد، وگاه نیز، تا زمانی که از آن عدول نشده است، باقی است. امکان به تأخیر افتادن قبول وکیل را نبایستی استثنای بر قاعده یا دلیل عقد نبودن وکالت شمرد. دلیل این امکان در طبیعت عقد و اثر آن (اذن) نهفته است و حکم عرف ارادهٔ موکل را به گونه‌ای تعبیر می‌کند که اختیار وکیل مدتی باقی بماند.

۵۸. زمان انعقاد :

در موردی که وکیل هنگام ایجاب وکالت در مجلس عقد حاضر است و آن را می‌پذیرد، دربارهٔ زمان وقوع عقد بحثی وجود ندارد؛ ایجاب و قبول پیوستهٔ به یکدیگر

است و دو طرف پیمان از نتیجهٔ تراضی آگاهند. ولی، در حالتی که وکالت به غایب داده می‌شود، ممکن است این پرسش مرسوم و معروف به میان آید که زمان وقوع عقد در چه لحظه‌ای است؟ زمانی که قبول اعلان می‌شود یا هنگامی که به آگاهی موکل می‌رسد؟

پاسخ کلی این پرسش را باید در قواعد عمومی معاملات بررسی کرد، لیکن این پاسخ هرچه باشد، در مورد وکالت، بی‌گمان باید پس از اعلان قبول، عقد را محقق دانست. زیرا، نه تنها مادهٔ ۶۵۷ ق.م. تحقق وکالت را منوط به قبول وکیل می‌داند، اگر پذیرفته شود که اعلان قبول با اجرای مفاد وکالت ممکن است، لازمهٔ منطقی آن پذیرفتن وقوع وکالت به محض قبول است. به اضافه، گویندهٔ ایجاب زمینهٔ تراضی و نهاد ابتدایی آن را ایجاب می‌کند و قبول، در عین حال که جنبهٔ انشایی دارد، رضایت به مضمون ایجاب است و نباید از مفاد آن تخلف کند. در وکالت، همین که نیابت اعطا می‌شود، موکل اختیار انجام عمل حقوقی را به وکیل می‌دهد و به انتظار آگاه شدن از تصمیم وکیل نمی‌ماند. سود او در این است که وکیل هرچه زودتر خواست او را اجابت کند و مفاد وکالت را به موقع اجرا گذارد. باقی ماندن بر اذن نشانهٔ همین نتیجه است و عرف نیز از مفهوم اعطای نیابت جز این نمی‌فهمد. در میان فقیهان و نویسندگان حقوق مدنی نیز هیچ‌کس این ادعا را ندارد که، برای اجرای وکالت، وکیل باید به انتظار آگاه شدن موکل از ارادهٔ او بماند.

۵۹. وکالت باواسطه :

اعطای نیابت به وکیل با توجه به شخصیت او انجام می‌شود. با وجود این موکل می‌تواند شخصی را وکیل کند و به او اختیار دهد تا وکیلی برای موکل انتخاب کند. این اختیار را «حق توکیل» می‌نامند. برای مثال، شخصی که دعوایی در دادگاه دارد و وکلای متخصص و امین را در آن باره نمی‌شناسد، می‌تواند به معتمدی که در این باره آگاهی لازم را دارد وکالت دهد تا او وکیلی را برای دفاع از آن دعوا کند. بدین ترتیب، شخص می‌تواند به کسی وکالت دهد که او را نمی‌شناسد و اختیار تعیین وکیل را به دیگری بسپارد.

بی‌گمان، دادن حق توکیل به وکیل اقدامی است خطرناک و به همین دلیل نیز بعضی آن را مجاز نشمرده‌اند. قانون مدنی اعطای چنین حقی را به وکیل مجاز می‌داند. ولی،

برای پرهیز از هرگونه سوءاستفاده و هشدار به موکل، وجود «حق توکیل» را خلاف اصل و نیازمند به تصریح موکل یا دلالت قرائن خاص اعلام می‌کند. در مادهٔ ۶۷۲ ق.م. آمده است که: **«وکیل در امری نمی‌تواند برای آن امر به دیگری وکالت دهد، مگر اینکه صریحاً یا به دلالت قرائن وکیل در توکیل باشد»** و مادهٔ ۶۷۳ برای حمایت از موکل مقرر می‌دارد که: **«اگر وکیلی که وکالت در توکیل نداشته انجام امری را که در آن وکالت دارد به شخص ثالثی واگذار کند، هریک از وکیل و شخص ثالث در مقابل موکل نسبت به خساراتی که مسبب محسوب می‌شود مسؤول خواهد بود.»**

۶۰. وکالت ظاهری :

با این که وکالت عقدی است جایز و با عزل موکل منحل می‌شود (مواد ۶۷۸ و ۶۷۹ ق.م.)، قانونگذار، به منظور جلوگیری از ضررهای نامشروعی که بطلان اعمال حقوقی وکیل ناآگاه از عزل خود برای او و اشخاص ثالث به وجود می‌آورد، در مادهٔ ۶۸۰ ق.م. مقرر می‌دارد: **«تمام اموری که وکیل قبل از رسیدن خبر عزل به او در حدود وکالت خود بنماید نسبت به موکل نافذ است».**

دربارهٔ مبنای این حکم استثنایی اختلاف است، ولی به اجمال باید دانست که نفوذ اعمال وکیلی که عزل شده است با قواعد عمومی معاملات سازگار به نظر نمی‌رسد و حکم ثانوی است که در نتیجهٔ اعمال «قاعدهٔ لاضرر» در رابطهٔ وکیل و موکل اجرا می‌شود. بر همین مبنا نیز، در صورتی می‌توان اعمال وکیل ظاهری را دربارهٔ موکل نافذ شناخت، که وکیل و طرف معاملهٔ او از عزل آگاه نباشند و با حسن نیت و اعتقاد به وجود نمایندگی معامله را انجام دهند.[1]

۶۱. وکالت فضولی :

در موردی که شخصی، بدون داشتن وکالت از دیگری، عمل حقوقی را به نام و

۱. در این باره، رک. عقود معین، ج ۴، قرائت و تمرین (۲)، ص ۱۳۸ به بعد.

حساب او انجام می‌دهد، نمایندگی فضولی قابل تنفیذ است: یعنی، آنکه به نام و حسابش معامله‌ای انجام گرفته است، می‌تواند وکالت مورد ادعا را با اعلام رضای خود نافذ گرداند و نتیجهٔ معامله را به حساب خود بپذیرد. قانون مدنی، در مورد معاملاتی که به مال غیر می‌شود، به مالک اختیار داده است که معامله را اجازه کند (مادهٔ ۲۴۷ ق.م.). ولی، از نظر تحلیل حقوقی، این اجازه در واقع تنفیذ نیابت فضولی است. عمل حقوقی است که به‌موجب آن صلاحیت انشاء عقد به فضول اعطا می‌شود و به همین جهت نیز آثار آن از هنگام انجام معامله است نه اجازه (ماده ۲۵۸ ق.م.).

تنفیذ وکالت فضولی گاه به حکم قانون است؛ چنان که به موجب مادهٔ ۳۰۶ قانون مدنی: «اگر کسی اموال غایب یا محجور و امثال آنها را بدون اجازهٔ مالک یا کسی که حق اجازه دارد اداره کند.... اگر عدم دخالت یا تأخیر در دخالت موجب ضرر صاحب مال باشد، دخالت کننده مستحق اخذ مخارجی خواهد بود که برای اداره کردن لازم بوده است» یعنی رابطهٔ مدیر فضولی و مالک، در صورت جمع آمدن شرایط لازم، در حکم رابطهٔ وکیل با موکل است.

مبحث دوم: اهلیت دو طرف

۶۲. اهلیت موکل :

عمل حقوقی که به نام و حساب موکل انجام می‌شود، هرچند به وسیلهٔ وکیل و ارادهٔ او است، در واقع موکل نیز با واسطه آن را واقع می‌سازد. نیابت به همین منظور داده می‌شود و وکیل نیز وسیلهٔ این اقدام قرار می‌گیرد و سود و زیان آن عاید موکل خواهد شد. بنابراین، اهلیت موکل برای اعطای نمایندگی با اهلیت برای انجام دادن کار موضوع وکالت ارتباط نزدیک پیدا می‌کند و نمی‌توان این دو صلاحیت را از هم جدا کرد[1].

نویسندگان قانون مدنی نیز، با توجه به همین حقیقت، اهلیت موکل را با صلاحیت انجام دادن کاری که به وکیل واگذار می‌شود پیوند زده‌اند، به‌گونه‌ای که معیار اهلیت موکل در این قانون، اهلیت انجام عمل حقوقی مورد وکالت است؛ چنان که در مادهٔ ۶۶۲ آمده است: «وکالت باید در امری داده شود که خود موکل بتواند آن را انجام دهد...». بدین ترتیب، سفیه می‌تواند برای انجام امور غیرمالی، مانند طلاق، به دیگری وکالت دهد و صغیر ممیز برای قبول هبه و صلح بدون عوض کسی را وکیل خود سازد. ولی مجنون یا صغیر غیرممیز، چون اهلیت انجام دادن هیچ عمل ارادی را ندارد، هیچ‌گاه نمی‌تواند طرف عقد وکالت قرار گیرد.

اهلیت موکل در زمانی که نیابت داده می‌شود ضرورت دارد، ولی پس از آن تاریخ نیز، هرگاه عارضه‌ای اهلیت لازم برای عمل حقوقی مورد وکالت را از موکل سلب کند،

۱. مازو، دروس حقوق مدنی، ج ۳، ش ۱۳۹۶ ـ کولن و کاپیتان، ج ۲، ش ۱۳۵۳ ـ ابروی ورو، ج ۶، ش ۴۱۱، ص ۱۶۲ ـ ژوسران، ج ۲، ش ۱۴۰۸ ـ پلنیول و ریپر، ج ۱۱، به وسیلهٔ ساواتیه، ۱۴۴۴.

عقد را منحل می‌سازد. برای مثال، بیماری جنون اهلیت موکل را در تمام موارد از بین می‌برد و سفاهت در امور مالی باعث انحلال وکالت می‌شود. ورشکستگی موکل نیز، مانند حجر او، صلاحیت وکیل را در تصرفاتی که به زیان طلبکاران است و دارایی او را تغییر می‌دهد، از بین می‌برد. مادهٔ ۶۸۱ قانون مدنی، در همین زمینه مقرر می‌دارد: «**محجوریت موکل موجب بطلان وکالت می‌شود، مگر در اموری که حجر مانع از توکیل در آنها نمی‌باشد...**».

۶۳. اهلیت وکیل :

چنان که گفته شد، موضوع وکالت عمل حقوقی است و به همین جهت وکیل نیز باید برای آن کار دارای اهلیت باشد. در ناتوانی دیوانه و کودکی که قوهٔ تمیز نیافته است تردیدی وجود ندارد، زیرا اینان معنی عمل ارادی را نمی‌فهمند و از نظر روانی قادر به اجرای مورد وکالت نیستند. ولی، در مورد صغیر ممیز و سفیه، ممکن است گفته شود که، چون مبنای حجر این گروه حمایت از آنان است و از بیم زیانکاری از تصرف در اموال خود محروم شده‌اند، پس اهلیت تصرف در مال دیگران را به وکالت دارند.[1]

این نظر در حقوق فرانسه پذیرفته شده است: بدین تعبیر که، هرچند صغیر ممیز و سفیه اهلیت تعهد در برابر موکل را ندارند، عملی را که به‌نام و حساب موکل انجام می‌دهند دربارهٔ او نافذ است. زیرا، اثر این عمل تنها در اموال موکل ظاهر می‌شود و محجور نمی‌تواند بطلان آن را از دادگاه بخواهد. در نتیجه، وکیل محجور در برابر موکل مسؤولیت قراردادی پیدا نمی‌کند، ولی در برابر اشخاص ثالث در حکم وکیل است.[2]

در فقه امامیه، صغیر حق وکالت کردن ندارد، ولی مشهور فقهاء وکالت سفیه را پذیرفته است[3]. در توجیه این نظر، گفته شده است که سفیه نیز، مانند مفلّس، ممنوع از

۱. مرحوم دکتر سید حسن امامی، ج ۲، ص ۲۱۶ و ۲۱۷.

۲. مازو، دروس حقوق مدنی، ج ۳، ش ۱۳۹۷ و ۱۳۹۸ ـ ریپر و بولانژه، ج ۳، ش ۲۱۴۳ ـ کولن و کاپیتان، ج ۲، ش ۱۳۵۳ ـ پلنیول و ریپر، ج ۱۱، بوسیلهٔ ساواتیه، ش ۱۴۴۵.

۳. محقق، شرایع، کتاب وکالت و حجر ـ علامهٔ حلی، قواعد، کتاب وکالت ـ شهید ثانی، مسالک، ج ۱، ص ۳۳۴؛ شرح لمعه، ج ۴، ص ۳۷۰ و ۳۷۳ و ۳۷۴.

تصرف در اموال خویش است ولی می‌تواند به وکالت در اموال دیگران تصرف کند.[1]

قانون مدنی در مادهٔ ۶۶۲ مقرر می‌دارد: «**وکالت باید در امری داده شود که خود موکل بتواند آن را بجا آورد. وکیل هم باید کسی باشد که برای انجام آن امر اهلیت داشته باشد**». بنابراین، چون سفیه در امور مالی اهلیت تصرف ندارد، وکالت انجام معامله را نیز نمی‌تواند بپذیرد، ولی در امور غیرمالی و قبول تملکات مجانی اهلیت دارد. همچنین است در مورد صغیر ممیز که تنها برای قبول هبه و صلح بدون عوض و مانند اینها صلاحیت انجام معامله و قبول وکالت دارد.

بخش اخیر مادهٔ ۶۸۲ قانون مدنی نیز دلیل دیگری بر این است که، نویسندگان آن، اهلیت موکل و وکیل را تابع یک قاعده قرار داده‌اند و نخواسته‌اند وکالت محجور را خارج از حدود صلاحیت او برای تصرف در اموال خودش بپذیرند. در این بخش، در موارد انحلال وکالت و پس از بیان اثر حجر موکل، آمده است: «**... و همچنین است محجوریت وکیل، مگر در موردی که حجر مانع از اقدام در آن نباشد**».

۶۴. وضع ورشکستگی:

در فقه امامیه، فلس نیز مانند سفه از موارد حجر است. آنان که «سفه» را در وکیل مانع از نفوذ عقد نمی‌دانند، فلس را از همان قبیل می‌شمارند. در مورد مفلّس هم استدلال این است که اثر وکالت در اموال موکل ظاهر می‌شود، در حالی که مفلّس از تصرف در اموال خویش منع شده است. پس، تفلیس مانع از این می‌شود که موکل با نیابت دادن به دیگران در دارایی خود تصرف کند، ولی اهلیت وکیل را از بین نمی‌برد[2].

در حقوق کنونی عنوان «تفلیس» وجود ندارد و نهاد مشابه آن ورشکستگی تاجر است. ورشکستگی را نباید از اسباب حجر شمرد. زیرا، نه تنها در قانون مدنی بدین عنوان نیامده است (مادهٔ ۱۲۰۷ ق.م.)، ممنوع بودن ورشکسته از تصرف در اموال خود با حجر دو تفاوت اساسی

۱. شیخ محمد حسن نجفی، جواهرالکلام، ج ۲۷، ص ۳۹۴.

۲. علامهٔ حلی در تذکره، در توجیه اینکه چرا مفلس شدن وکیل باعث بطلان وکالت نمی‌شود می‌نویسد: «لانه بفقره لم یخرج عن اهلیة التصرف».

دارد:

۱. در حجر، خواه به دلیل کودکی باشد یا جنون و سفاهت، عارضهٔ دماغی یا بی‌تجربگی مبنای ممنوع شدن محجور است، در حالی که ورشکسته هیچ نقصی از نظر اهلیت ندارد و یک عامل خارجی باعث از بین رفتن اختیار تصرف او می‌شود. به همین جهت است که پاره‌ای از نویسندگان اهلیت را از شرایط «سلامت اراده» می‌دانند.

۲. هدف قانونگذار در حجر صغیر و سفیه و مجنون حمایت از حقوق آنان است و گاه نیز بر این پایه توجیه می‌شود که محجور توانایی قصد کردن ندارد (مجنون و صغیر غیرممیز). ولی، سلب اختیار ورشکسته به منظور حمایت از حقوق طلبکاران است.

اکنون، با توجه به این دو تفاوت، باید دید آیا ورشکسته می‌تواند به وسیلهٔ وکیل در اموال خود تصرف کند و آیا حق دارد وکیل دیگران شود؟

در مورد بخش نخست سؤال، بی‌گمان باید پاسخ منفی داد. زیرا، به موجب مادهٔ ۴۱۸ قانون تجارت: «تاجر ورشکسته از تاریخ صدور حکم از مداخله در تمام اموال خود، حتی آنچه که ممکن است در مدت ورشکستگی عاید او گردد، ممنوع است...» و هیچ تفاوتی نمی‌کند که این مداخله به طور مستقیم انجام پذیرد یا به وسیلهٔ وکیل. هدف این است که ورشکسته نتواند به حقوق طلبکاران و وثیقهٔ قانونی آنان صدمه بزند و توکیل به غیرخطر این تجاوز را از بین نمی‌برد.

ولی، در مورد وکالت ورشکسته، از نظر اصول حقوقی نباید مانعی داشته باشد، زیرا صلاحیت وکیل تابع کاری است که به موجب وکالت باید انجام دهد. اثر این کار مربوط به اموال موکل است و به حقوق طلبکاران وکیل صدمه‌ای نمی‌زند. از نظر قوای دماغی و اهلیت برای انجام معامله نیز ورشکسته نقصی ندارد. بنابراین، قبول وکالت از طرف او با هیچ مانعی روبرو نیست.[۱]

مفاد مادهٔ ۴۲۳ قانون تجارت نیز، که معاملات باطل ورشکسته را می‌شمارد، شامل وکالت نمی‌شود. لیکن، مادهٔ ۵۵۷ همان قانون مقرر می‌دارد: «کلیهٔ قراردادهایی که پس از تاریخ توقف تاجر منعقد شده باشد، نسبت به هر کس، حتی خود تاجر ورشکسته، محکوم به بطلان است.

۱. ابن قدامه، المغنی، ج ۵، ص ۸۹.

طرف قرارداد مجبور است که وجوه یا اموالی را که به موجب قرارداد باطل شده دریافت کرده است به اشخاص ذیحق مسترد دارد» و عموم این ماده شامل قرارداد وکالت نیز می‌شود.

با وجود این، باید دانست که حکم مادهٔ ۵۵۷ از جهات گوناگون خلاف اصول و مبانی ورشکستگی است: باعث می‌شود تا ورشکسته از نظر روحی و شخصیت محدودیت‌های ناهنجار و بیهوده پیدا کند و نتواند به میل خود به کار و زندگی ادامه دهد. ورشکسته را دچار مرگ مدنی می‌کند؛ مانع از انعقاد قراردادهای مفید به حال طلبکاران، مانند قبول هبه و صلح بدون عوض، می‌شود و حجر کامل را بر او تحمیل می‌کند. بنابراین، رویهٔ قضایی باید مفاد آن را ناظر به معاملات مقرر در مادهٔ ۴۲۳ بداند و ویژهٔ قراردادهایی سازد که به موجب آن اموال ورشکسته در اختیار دیگران قرار می‌گیرد؛ چنان که بخش اخیر مادهٔ ۵۵۷ نیز قرینه بر وجود همین معنی است و لحن ماده تفسیر محدودی را که پیشنهاد شد توجیه می‌کند.

مبحث سوم: موضوع وکالت

۶۵. شرایط موضوع:

شرایط موضوع وکالت را بدین ترتیب می‌توان خلاصه کرد:
۱) امکان انجام دادن آن به وسیلهٔ موکل؛
۲) قابلیت نیابت دادن به دیگری؛
۳) معلوم بودن آن، هرچند به اجمال باشد[1].

۶۶. امکان انجام دادن به وسیلهٔ موکل:

مادهٔ ۶۶۲ ق.م. اعلام می‌کند به: «**وکالت باید در امری داده شود که خود موکل بتواند آن را بجا آورد...**». به طور معمول این ماده برای اثبات اهلیت موکل در انجام دادن عمل حقوقی مورد وکالت مستند قرار می‌گیرد. ولی، باید دانست که «توانایی موکل در بجا آوردن مورد وکالت» مفهومی گسترده‌تر از «اهلیت» دارد. چنان که ورشکسته اهلیت معامله کردن را دارد، ولی توانایی تصرف در اموال خود را به لحاظ رعایت حقوق طلبکاران از دست داده است و به همین جهت نیز نمی‌تواند به دیگری برای معامله‌ای نسبت به آن اموال وکالت دهد. همچنین است ناتوانی مالکی که حق فروش ملک خود را، به دلیل این که نزد دیگری رهن است یا این حق در سند خرید از او سلب شده است،

۱. علامهٔ حلّی، تذکره، ج ۲، کتاب وکالت، بحث چهارم.

ندارد، یا مستأجری که حق انتقال به غیر از او گرفته شده است... و مانند اینها.

پس، باید گفت، در هر مورد که به دلیل حجر یا نداشتن حق تصرف یا موانع اخلاقی و نظم عمومی موکل توانایی حقوقی انجام دادن کاری را ندارد، نمی‌تواند برای بجا آوردن آن کار به دیگری وکالت دهد.

گفته شد «توانایی حقوقی» تا تصور نشود که ناتوانی عملی موکل نیز از موانع نفوذ وکالت است. بنابراین، اگر شخصی به دلیل بیماری یا زندانی شدن نتواند برای تنظیم سند رسمی یا انجام دادن معامله‌ای حاضر شود و به دیگری وکالت دهد، هیچ کس در نفوذ چنین وکالتی تردید ندارد. زیرا، وکالت برای برداشتن همین گونه موانع و راهگشایی برای موکل است تا گرفتاری‌های عملی نتواند او را از اعمال حقوقی مورد نیاز بازدارد.

باید توجه داشت که، مقصود از توانایی موکل در انجام دادن کاری که به نیابت می‌دهد این نیست که بجا آوردن آن نیاز به مقدمه و تمهید اسباب نداشته باشد؛ کافی است که تمهید مقدمه و اسباب نیز در حد توان او باشد. چنان که در عقد مضاربه نیز، با این که مضارب هیچ کالایی برای خرید و فروش ندارد، به عامل برای معاملات مکرر نیابت می‌دهد و هیچ کس نیز در نفوذ آن تردید نمی‌کند. زیرا، صاحب سرمایه نیز خود توانایی حقوقی برای انجام آن معاملات را دارد.

۶۷. قابلیت نیابت :

چنان که گفته شد، نیابت جوهر وکالت است. بنابراین، وکالت در اموری امکان دارد که مباشرت موکل در آن ضروری نباشد و بتواند به نیابت واگذار شود. به بیان دیگر، در اموری که سلطهٔ موکل از شخصیت او جداشدنی نیست، در اثر وکالت نمی‌توان این سلطه را به دیگری داد تا به نام موکل آن را اجرا کند.

از استقراء در مواد قانون مدنی و ارتباط اعمال حقوقی با شخصیت اشخاص می‌توان به‌زودی دریافت که به ندرت مسائلی وجود دارد که قانونگذار نیابت را در آن منع کرده باشد. پس، بر اساس غلبه، می‌توان گفت، برای انجام دادن همهٔ اعمال حقوقی توکیل امکان دارد، مگر جایی که قانون یا ضرورت‌های ناشی از اخلاق یا نظم عمومی آن را

ممنوع کند: مانند تنظیم وصیتنامهٔ خود نوشت که مباشرت موصی در نگارش و امضاء و تعیین تاریخ آن ضروری است.[1]

۶۸. معلوم بودن موضوع :

عقد وکالت به منظور راهگشایی و رفع نیازها تشریع شده است، پس باید آن را در زمرهٔ عقودی آورد که مبنی بر مسامحه است نه معامله[2]. به همین جهت، معلوم بودن موضوع وکالت به طور کامل ضرورت ندارد و از امور خاصی است که علم اجمالی به موضوع عقد برای نفوذ آن کفایت می‌کند (مادهٔ ۲۱۶ ق.م.). همین اندازه که وکیل بداند در چه اموری باید دخالت کند و حدود اختیار او برای طرف قرارداد در دید عرف قابل تمیز باشد، باید آن را نافذ دانست، هر چند که اعمال حقوقی داخل در وظایف وکیل به تفصیل معلوم نشده باشد. برای مثال، ممکن است به دیگری نسبت به ادارهٔ اموال موکل یا بخشی از آن وکالت داد یا فروش و اجارهٔ ملکی را به نظر او واگذار کرد یا وکالت در ابراء از دینی را داد که میزان و جنس آن به وکیل اعلام نشده است[3].

در مورد وکالت خاص، که به عمل حقوقی معین در مال معین ناظر است، تردیدی نسبت به درستی این گونه وکالت‌ها وجود ندارد. ولی، نسبت به وکالت عام، گفته شده است که: اگر کسی، بدون قید و شرط، برای انجام همهٔ امور خود به دیگری وکالت دهد، خود را در معرض ضرری نامتعارف و غرری بزرگ قرار می‌دهد. در چنین حالتی، وکیل می‌تواند اموال موکل را ببخشد یا برای او همسری با مهر گزاف بگیرد یا حیوانات او را رها سازد؛ اموری که هیچ خردمندی روا نمی‌داند و جامعه نیز نباید نسبت به آن بی‌اعتنا بماند و ضرری چنین ناهنجار را مجاز شمرد[4].

۱. رک. عقود معین، ج ۴، ش ۶۷.

۲. الوکالة عقد شرع للارتفاق و دفع الحاجة، فیناسبه المسامحة...» (محقق ثانی جامع‌المقاصد، ج ۱، ص ۴۹۰).

۳. علامهٔ حلی، تذکره، ج ۲، کتاب وکالت ـ ولی وکالت دادن بدون تعیین موضوع یا به طور مبهم و مجهول (مانند امری از امور) باطل است.

۴. این ایراد به شیخ طوسی و جمیع فقهای ما به جز ابن ابی لیلی نسبت داده شده است: علامهٔ حلی، تذکره، ج ۲، کتاب وکالت ـ شیخ طوسی، خلاف، ج ۲، ص ۱۴۸.

مادهٔ ۶۶۰ ق.م.، به پیروی از گفتهٔ مشهور در فقه امامیه، با این عبارت وکالت عام را پذیرفته است: **«وکالت ممکن است به طور مطلق و برای تمام امور موکل باشد یا مقید و برای امر یا امور خاصی».** منتها، برای حمایت از موکل در برابر اختیار نامحدود وکیل، باید وکالت را تفسیر محدود کرد. نتیجهٔ تفسیر محدود این است که، در هرجا نسبت به اختیار وکیل تردید شود، اصل عدم اختیار است و وکیل باید شمول وکالت را بر آن اثبات کند. این اصل نیز ناشی از قاعدهٔ عام‌تری است که به موجب آن هیچ‌کس بر دیگری ولایت و سلطه ندارد. نیابت داشتن نوعی سلطه و ولایت است که وکیل بر موکل پیدا می‌کند و جنبهٔ استثنایی دارد. پس، در مورد تردید، اصل «عدم ولایت» او است.

۶۹. وکالت مطلق و مقید :

با این که اطلاق وکالت موجب گسترش موضوع آن می‌شود و هر قید نیز از عموم وکالت می‌کاهد و آن را محدود به امور معین می‌کند، نباید وکالت مطلق را مرادف با وکالت عام شمرد. زیرا، وکالت ممکن است ناظر به مال معین باشد ولی اختیار وکیل در آن مطلق و بدون قید گذارده شود. برای مثال، هرگاه در وکالتی گفته شود که فلان شخص دربارهٔ خانه یا مزرعهٔ من وکیل است، این وکالت از حیث حدود اختیار وکیل «مطلق» است، ولی وکالت عام محسوب نمی‌شود. برعکس، اگر کسی دیگری را برای تمام امور خود و نسبت به هر تصرفی که لازم آید وکیل خود کند، وکالت «عام»، است ولی «مطلق» نیست.

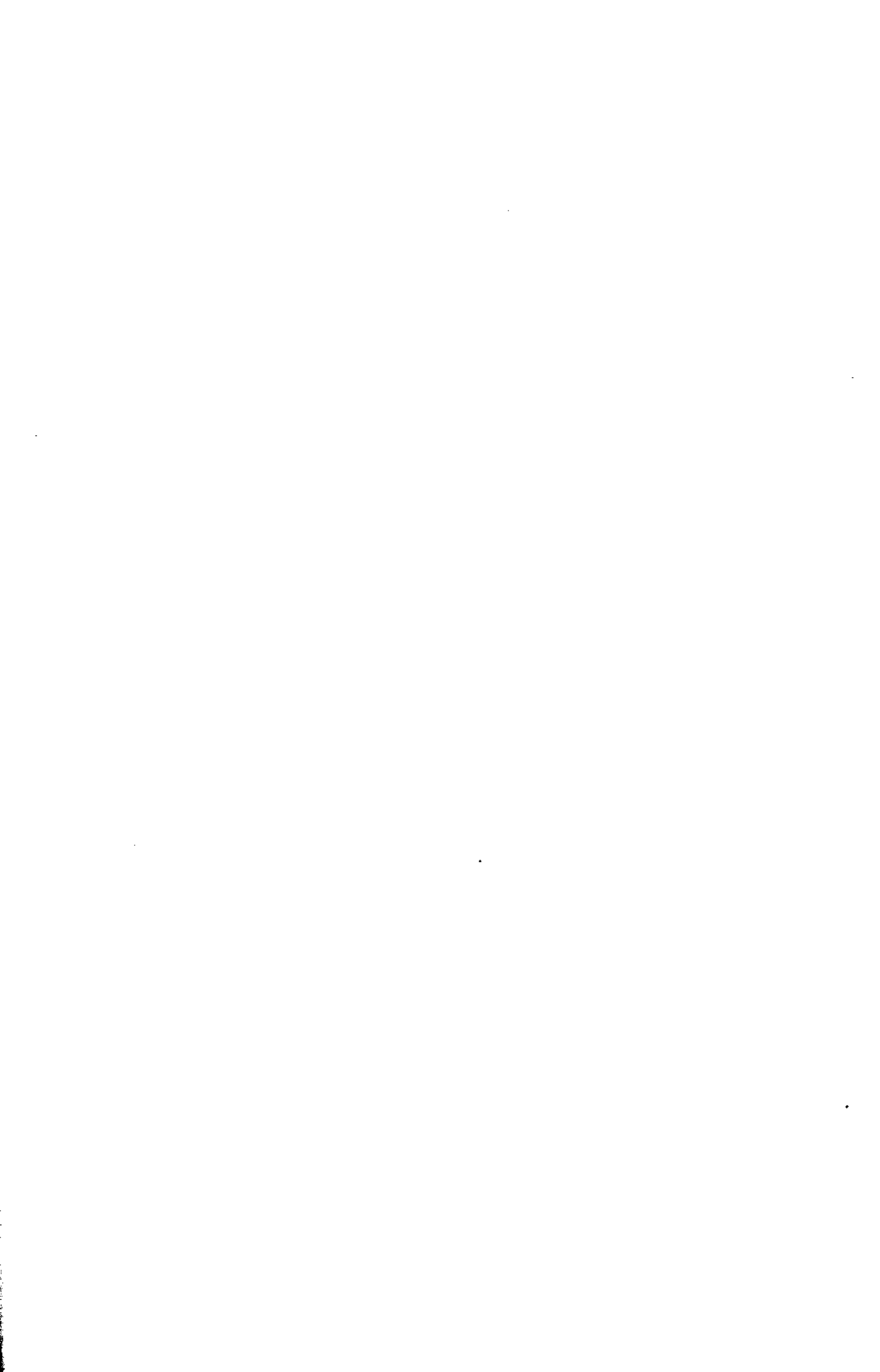
مادهٔ ۶۶۱ قانون مدنی نیز ناظر به وکالت «مطلق» است نه عام. زیرا، در موردی که موکل به داشتن همهٔ اختیارهای وکیل تصریح می‌کند، دیگر نمی‌توان نیابت را محدود به «ادارهٔ اموال» دانست. ولی، در وکالت مطلق، چون صراحت لازم را دربارهٔ افراد و مصداق‌های عام ندارد، در تعبیر ارادهٔ موکل، قانونگذار آن را به «اداره کردن اموال» محدود می‌کند.

برای روشن شدن تفاوت بین وکالت عام و مطلق، باید دانست که وکالت ممکن است از جهت تصرف مطلق و از نظر متعلق خاص باشد (مانند این که گفته شود دربارهٔ خانه من وکیل هستی) یا برعکس، از نظر متعلق عام و از جهت تصرف مطلق باشد (مانند این که گفته شود

دربارهٔ تمام اموال من وکیل هستی) یا از هر دو جهت مطلق باشد (مانند این که گفته شود دربارهٔ مال من وکیلی).

در فرض نخست، یعنی در جایی که در مورد مال معین وکالت مطلق است، پاره‌ای از نویسندگان به دلیل ابهام در موضوع وکالت و بند ۳ از مادهٔ ۱۹۰ و مادهٔ ۲۱۶ قانون مدنی، عقد را باطل دانسته‌اند[۱]. ولی، پذیرفتن این نظر دشوار است زیرا، اگر در جایی که وکالت مطلق دربارهٔ تمام اموال داده می‌شود بتوان آن را نافذ و محدود به ادارهٔ اموال دانست (مادهٔ ۶۶۱ ق.م.)، چرا در مورد وکالت خاص این قاعده اجراء نشود؟ اگر ابهام در موضوع وکالت باعث بطلان عقد می‌شود، بی‌گمان ابهام در وکالت عام شدیدتر و زیان‌بارتر است. پس، چگونه می‌توان اختیار مطلق در وکالت عام را پذیرفت و در وکالت خاص باعث بطلان عقد دانست؟ بنابراین، منطق حکم می‌کند که در وکالت خاص نیز عقد نافذ باشد و اختیار وکیل ناظر به امور اداری شود.

۱. مرحوم، دکتر سید حسن امامی، ج ۱، ص ۲۲۰.



فصل دوم

آثار وکالت

۷۰. اثر وکالت بین دو طرف عقد و نسبت به ثالث:

به موجب عقد وکالت، وکیل اختیار پیدا می‌کند که به نمایندگی از طرف موکل با دیگران معامله کند. بنابراین، اثر وکالت محدود به دو طرف عقد نمی‌شود و باید دربارهٔ کسی هم که طرف معاملهٔ با وکیل قرار می‌گیرد مطالعه شود. بر همین مبنا، آثار وکالت را در دو مبحث بررسی می‌کنیم که نخستین آنها اختصاص به رابطهٔ دو طرف دارد و در مبحث دوم آثار وکالت نسبت به ثالث مطرح می‌شود.

دربارهٔ رابطهٔ دو طرف، باید به تعهدهای موکل و وکیل در برابر هم توجه کرد: چنان که گفته شد، اثر مستقیم و بیواسطهٔ وکالت اعطای اذن تصرف به وکیل، یا به تعبیر دیگر، دادن اختیار و سلطه دربارهٔ موضوع وکالت به او است. ولی، چون اجرای این نیابت تعهدهایی برای وکیل و موکل ایجاد می‌کند، این تعهدها نیز در زمرهٔ آثار وکالت قرار می‌گیرد.

در مبحث دوم، به ویژه رابطهٔ موکل با طرف قرارداد مطرح است. با وجود این، رابطهٔ وکیل و طرف قرارداد نیز، در حالتی که وکیل نامی از موکل در معامله نمی‌برد، مسائل مهمی را به بار می‌آورد.

مبحث اول: آثار وکالت نسبت به دو طرف عقد

گفتار نخست: تعهدهای وکیل

۷۱. اجرای وکالت و چگونگی آن:

با پذیرفتن وکالت، وکیل به طور ضمنی ملتزم به اجرای مفاد آن می‌شود. وکیل می‌تواند هرگاه بخواهد استعفا دهد و پیمانی را که با موکل دارد بر هم زند، ولی تا زمانی که رابطهٔ حقوقی باقی است باید آن را محترم بدارد. از سوی دیگر، اختیاری که وکیل از این راه به دست آورده است ناشی از تراضی با موکل و محدود به مفاد آن است. وکیل، نایب و امین موکل است و بیش از هر چیز باید در اندیشهٔ حفظ منافع و رعایت مصلحت او باشد و حساب دوران وکالت را به او بدهد. بنابراین، تعهد مربوط به اجرای وکالت و چگونگی این اجرا را جداگانه مورد مطالعه قرار می‌دهیم:

الف: اجرای وکالت

۷۲. اجرای لوازم و مقدمات وکالت:

وکیل، با پذیرفتن نیابت، به طور ضمنی ملتزم به اجرای لوازم و مقدمات وکالت نیز می‌شود و در مورد لزوم فراهم آوردن مقدمهٔ اجرای وکالت، تردید زیادی وجود ندارد[1]:

۱. این لزوم را در علم «اصول فقه» بدین عبارت بیان می‌کنند که «مقدمهٔ واجب واجب است».

برای مثال، کسی که وکالت در فروش خانه‌ای را دارد، باید به دفتر اسناد رسمی رجوع و سند انتقال را با رعایت تشریفات خاص آن امضا کند. ولی، دربارهٔ تعیین مصداق‌های لوازم عرفی و قانونی وکالت اختلاف وجود دارد:

برای مثال، تردید شده است که آیا وکیل در فروش مالی وکیل در تسلیم مبیع نیز هست یا نه؟ پس، جمعی گفته‌اند، چون وکیل مال را می‌فروشد و تملیک می‌کند، هم او نیز موظف است که آنچه را تملیک کرده است به خریدار تسلیم کند[1]. گروه دیگر اعتقاد دارند که، تسلیم مبیع از لوازم فروش آن نیست و وکیل در فروش مالی نمی‌تواند آن را به قبض خریدار بدهد، مگر این که قرینهٔ خاصی در بین باشد یا عرف از گفته‌های طرفین چنین بفهمد: مانند این که موکل مالی را تسلیم وکیل کند سپس او را مأمور فروش آن مال سازد[2].

از مادهٔ ۳۶۲ ق.م. و مفاد عرفی وکالت در فروش، به ویژه در موردی که مبیع در اختیار وکیل است، چنین بر می‌آید که وکیل در فروش مالی مکلف است آن را به خریدار تسلیم کند و وکیل در خرید باید ثمن را به خریدار بدهد، مگر این که منع شده باشد یا مبیع و ثمن در اختیار او نباشد.

با وجود این، به لحاظ رعایت مصلحت موکل، وکیل باید زمانی مبیع را به خریدار بدهد که ثمن راگرفته باشد یا مبادله با هم انجام شود. پس، اگر پیش از پرداختن ثمن مبیع را تسلیم کند و نتواند ثمن را بگیرد، ضامن خساراتی است که از این راه به موکل وارد می‌شود. این خسارت قیمت واقعی مال است نه ثمن مورد معامله، زیرا تفریط در آن صورت گرفته است.

آنچه گفته شد در حالتی است که در دید عرف، چنان که معمول است، تسلیم مبیع پیش از پرداخت ثمن «تفریط» باشد، وگرنه جایی که اقدام وکیل متعارف به نظر آید، ضمانی بر عهدهٔ او قرار نمی‌گیرد. برای مثال، هرگاه بین موکل و خریدار روابط تجارتی و داد و ستد باشد و وکیل نیز

۱. محقق، شرایع، کتاب وکالت ـ شهید ثانی، مسالک، ج ۱، ص ۳۳۵ ـ شیخ محمد حسن نجفی، جواهرالکلام، ج ۲۷، ص ۳۷۲ به بعد (که تسلیم را داخل در مفهوم بیع نمی‌داند ولی به معنی اطلاق عرفی وکالت می‌بیند) ـ محقق ثانی، جامع‌المقاصد، ج ۱، ص ۴۹۱ ـ از نویسندگان حقوق مدنی: دکتر امامی، ج ۲، ص ۲۲۱.

۲. سید محمد کاظم طباطبایی یزدی، عروةالوثقی، ج ۲، ص ۱۲۸ و ۱۲۹.

بر مبنای مرسوم کالای مورد نیاز و سفارش خریدار را بفرستد و او در نتیجهٔ ورشکسته شدن نتواند ثمن را بپردازد، نمی‌توان وکیل را به دلیل تفریط مبیع ضامن قیمت آن دانست.

۷۳. آیا وکیل می‌تواند خود طرف معامله قرار گیرد؟

در موردی که وکیل مأمور انجام معامله‌ای شده است، آیا می‌تواند خود طرف معامله قرار گیرد، به گونه‌ای که، به عنوان مثال، به نیابت از طرف موکل بفروشد و به عنوان اصیل بخرد؟

در صحت چنین معامله‌ای از دو جهت تردید شده است:

۱. عقد از توافق دو اراده به وجود می‌آید؛ ارادهٔ کسانی که در پی منافع خویش هستند و هر کدام می‌خواهد تعهدی به سود خود به دست آورد. پس، یک شخص نمی‌تواند دو طرف عقد قرار گیرد و با خود توافق کند.

۲. بر فرض که امکان چنین توافقی وجود داشته باشد و از یک شخص دو ارادهٔ مستقل صادر شود، وکیل در صورتی می‌تواند طرف معامله قرار گیرد که موکل این اذن را به او داده باشد. زیرا، ظاهر از اعطای نیابت فروش مالی این است که وکیل به عنوان فروشنده در آن دخالت کند و خریدار اشخاص دیگر باشند.

تردید نخست در قواعد عمومی قراردادها مطرح می‌شود[1] و مادهٔ ۱۹۸ قانون مدنی به طور قاطع آن را از بین می‌برد. در این ماده آمده است که: «ممکن است طرفین یا یکی از آنها به وکالت از غیر اقدام کند و نیز ممکن است که یک نفر به وکالت از طرف متعاملین این اقدام را به عمل آورد». بنابراین، مانعی ندارد که شخصی به وکالت از طرف موکل و به عنوان اصیل عهده‌دار انجام معامله‌ای شود. برای مثال، اگر برای خرید اتومبیل وکالت داده شود و موکل تصریح کند که وکیل می‌تواند خود فروشندهٔ اتومبیل باشد، وکیل حق دارد به عنوان فروشندهٔ اصیل آن را به موکل بفروشد و به نیابت از طرف او بیع را قبول کند.

در موردی هم که وکالت به طور مطلق داده می‌شود، بحث مربوط به اختیار وکیل را

۱. رک. ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، ۳۳۱ به بعد.

در «نمایندگی» دیده‌ایم [1] و نیازی به تکرار همهٔ آن مطالب نداریم. همین اندازه به اختصار یادآور می‌شویم که:

بیم خارج شدن وکیل از حدود امانت را در این گونه معاملات نباید نادیده گرفت و حمایت از حقوق موکل و لزوم تعبیر ارادهٔ او بر این مبنا ایجاب می‌کند که معاملهٔ با خود محدود به موردی شود که او آن را به صراحت مجاز شمرد یا شخصیت و ابتکار وکیل مؤثر در عقد نباشد؛ برای مثال، اگر وکیلی مأمور خرید کالا یا اوراق تجارتی و سهامی شود که در بازار قیمت معین دارد و امکان هیچ سوءاستفاده‌ای برای او نمی‌رود، می‌توان این قرینه را دلیل بر اذن موکل شمرد.

ممنوع شمردن وکیل در موردی که شخصیت او در عقد مؤثر است (به عنوان قاعده) و مجاز دانستن او در حالتی که ابتکار و شخصیت وکیل اثری ندارد، با روح و ملاک قوانین نیز سازگارتر است:

مادهٔ ۱۰۸۲ قانون مدنی، به عنوان مصداقی از قاعدهٔ کلی در مورد نخست، مقرر می‌دارد: **«در صورتی که وکالت به طور اطلاق داده شود، وکیل نمی‌تواند موکله را برای خود تزویج کند، مگر اینکه این اذن صریحاً به او داده شده باشد».**

این حکم، هرچند در بحث نکاح آمده است، قاعده‌ای است که در سایر قراردادها نیز باید رعایت شود.

۷۴. اجرای وکالت به وسیلهٔ توکیل به غیر :

اختیاری که وکیل برای اجرای وکالت پیدا می‌کند، وابسته به اذن موکل و به نیابت از طرف او است و حق مستقلی به شمار نمی‌آید. به همین جهت نیز نباید وکیل را، مانند ولی و وصی، صاحب حق انگاشت که می‌تواند برای اجرای آنچه خود اختیار دارد به دیگری وکالت دهد. قانون مدنی نیز در تأیید همین اصل مقرر می‌دارد: «وکیل در امری نمی‌تواند برای آن امر به دیگری وکالت دهد، مگر اینکه صریحاً یا به دلالت قرائن وکیل

۱. رک. ناصر کاتوزیان، اعمال حقوقی، ش ۱۲۶ ـ ۱۲۷، ص ۱۲۴ به بعد؛ قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ش ۳۳۵ به بعد و قرائت و تمرین (۱۰).

در توکیل باشد».

قرینه‌ای که مستند اختیار وکیل قرار می‌گیرد ممکن است در گفتار یا نوشتهٔ موکل باشد: مانند این که گفته شود، وکیل من هستی تا به هر شکل که مایلی مورد وکالت را انجام دهی. همچنین، قرینهٔ مورد استناد می‌تواند ناشی از اوضاع و احوال باشد؛ چنان که، اگر کسی پیرمرد محترمی را مأمور ادارهٔ املاک خود در شهرستان‌های گوناگون قرار دهد و بداند که وکیل نمی‌تواند مورد وکالت را به تنهایی اجراء کند و ناچار است که به دیگران وکالت دهد، اعطای چنین وکالتی متضمن اذن در توکیل به غیر نیز هست. یا، اگر شخصی که اطلاعی از عملیات بورسی ندارد مأمور انجام آن شود، دادن این اختیار به طور ضمنی اذن توکیل به غیر را نیز می‌رساند.

اذنی که به وکیل داده می‌شود تا بتواند دیگری را وکیل کند ممکن است ناظر به تعیین وکیل دیگری برای موکل باشد یا برای خود او. از این اذن در هر حال باید پیروی کرد، زیرا گفته شد که اختیار وکیل ناشی از ارادهٔ موکل و تابع آن است[1].
باید افزود که این بحث جنبهٔ نظری ندارد و نتایج عملی گوناگون بر آن بار می‌شود: از جمله این که، اگر وکیل اول موکل وکیل دوم به شمار آید، با فوت و حجر او نیز وکالت منحل می‌شود و نه تنها موکل اصلی، او هم حق عزل وکیل و دادن تعلیمات لازم را دارد. برعکس، اگر وکیل دوم وکیل موکل باشد، در عوض وکیل نخست قرار می‌گیرد و حق عزل او تنها با موکل است و فوت و حجر وکیل اول اثری در وکالت نخواهد داشت.

۷۵. اجرای وکالت به وسیلهٔ اجیر :

هرگاه اجرای وکالت و تهیهٔ مقدمات آن نیاز به استخدام اجیر داشته باشد، وکیل مأذون در این اقدام نیز هست. اجیر گرفتن را، که برای امور مادی و مقدماتی عمل حقوقی به کار می‌رود، با توکیل به غیر نباید اشتباه کرد. در گرفتن اجیر، وکیل نیاز به اذن خاص ندارد و خود با او رابطهٔ حقوقی پیدا می‌کند. پس، باید دستمزد اجیر را بپردازد و به عنوان هزینهٔ اجرا از موکل بگیرد (مادهٔ ۶۷۵ ق.م.).

۱. برای دیدن اشکال تعبیر ارادهٔ موکل و راه‌حلهای پیشنهاد شده، رک. عقود معین، ج ۴، ش ۹۶.

۷۶. تعدد وکیلان :

هرگاه دو یا چند نفر برای انجام دادن امری وکالت داشته باشند، اجرای وکالت ممکن است به یکی از سه صورت باشد: ۱) اجتماع ۲) استقلال ۳) اطلاق.

۱. اجتماع: در صورتی که دو یا چند نفر به طور اجتماع وکیل باشند، «هیچ یک از آنها نمی‌تواند، بدون دیگری یا دیگران، دخالت در آن امر بنماید...» (مادهٔ ۶۶۹ ق.م.). و در صورتی که یکی از آنها فوت کند، وکالت دیگری باطل می‌شود (مادهٔ ۶۷۰ ق.م.)، زیرا به تنهایی سمتی در اجرای وکالت ندارد[۱].

در این حالت، حاکم نمی‌تواند دیگری را ضمیمهٔ وکیل موجود کند، چون بنا به فرض موکل زنده و حاضر است. همچنین، هرگاه موکل یکی از دو وکیل را عزل کند، وکالت دیگری نیز با از بین رفتن شرط بقای خود از بین می‌رود، مگر اینکه به قرائن معلوم شود که مقصود موکل حفظ نیابت دیگری است[۲]: مانند این که موکل، پس از عزل وکیل، شخص دیگری را به جای او منصوب کند تا با وکیل باقی مانده به طور اجتماع عهده‌دار اجرای وکالت شوند.

۲. استقلال: در صورتی که دو یا چند نفر به طور مستقل وکیل در انجام امری باشند، هرکدام به تنهایی می‌تواند آن را بجا آورد (بند ۲ مادهٔ ۶۶۹). ولی، هرگاه هر دو نفر اقدام کنند، عمل کسی که زودتر مبادرت به اجرا کرده نافذ است و دیگری باطل. زیرا، با انجام درست عمل حقوقی به وسیلهٔ نخستین آنها، دیگر موردی برای اجرای وکالت باقی نمی‌ماند.

۱. پاره‌ای از نویسندگان اظهارنظر کرده‌اند که مقصود از بطلان وکالت از بین رفتن اختیار او در اجرای وکالت است، پس هرگاه موکل، به جای وکیل متوفی، وکیل دیگری را انتخاب کند، آن دو می‌توانند به طور اجتماع امر وکالت را انجام دهند (دکتر سید حسن امامی، ج ۲، ص ۲۲۳). ولی، اگر موکل تصریح به حالت اجتماع کند یا قرینه‌ای بر این امر موجود باشد، می‌توان گفت با این اقدام موکل دوباره به وکیل موجود نمایندگی داده است تا با همکار جدید عهده‌دار انجام وکالت شود. بدین ترتیب نتیجهٔ مورد نظر با ظاهر قانون مدنی نیز جمع می‌شود.

۲. سید محمد کاظم یزدی، ملحقات عروة‌الوثقی، ج ۲، ص ۱۴۰.

در حالت استقلال، فوت و حجر و عزل یکی از وکیلان اثری در اختیار دیگران ندارد.

۳. اطلاق: در موردی که وکالت به طور اطلاق به چند تن داده شود، مانند این که موکل بنویسد: شما را برای ادارهٔ مزرعه یا فروش خانهٔ خود وکیل کردم، ظاهر این است که تصمیم جمعی وکیلان را نافذ می‌داند. به اضافه، اگر دربارهٔ حدود اختیار هر وکیل تردید شود، قدر متیقّن این است که به طور استقلال حق اقدام ندارد و باید همگام دیگران باشد. قانون مدنی نیز همین قاعده را در تمیز صلاحیت وکیلان رعایت کرده است. چنان که در مادهٔ ۶۶۹ آمده است: «**هرگاه برای انجام یک امر دو یا چند وکیل معین شده باشد، هیچ یک از آنها نمی‌تواند بدون دیگری یا دیگران دخالت در آن امر بنماید، مگر اینکه هریک مستقلاً وکالت داشته باشند. در این صورت هر کدام می‌توانند به تنهایی آن را بجا آورند**». یعنی، حالت استقلال وکیلان امری است خلاف ظاهر؛ استثنایی است که باید به دلیلی احراز شود[1].

با وجود این، باید دانست که ظهور مورد استناد و مفاد مادهٔ ۶۶۹ ناظر به موردی است که چند نفر با هم و ضمن یک انشاء وکیل قرار داده شوند، وگرنه، هرگاه چند نفر در زمان‌های مختلف وکیل در امری گردند، ظاهر این است که هر کدام استقلال دارد و نمی‌توان وکالت مؤخر را به معنی عزل وکیل پیشین انگاشت، زیرا هیچ تعارضی بین آنها وجود ندارد[2].

۷۷. مسؤولیت وکیل:

اگر وکیل، در فرضی که عقد وکالت به جای خود باقی است، از اجرای مفاد آن خودداری کند یا آنچه را به عهده دارد به تأخیر اندازد، مسؤول زیانهای مادی و معنوی است که از این راه به موکل وارد می‌شود. درست است که او می‌تواند، هرگاه بخواهد، عقد را فسخ کند، ولی، تا زمانی که پیمان گسسته نشده، متعهد به اجرای آن و مسؤول

۱. در مورد تعدد اوصیاء نیز قانون مدنی قاعدهٔ «استثنایی بودن استقلال نمایندگان» را رعایت کرده است (مادهٔ ۸۵۴).

۲. شیخ محمد حسن نجفی، جواهرالکلام، ج ۲۷، ص ۴۰۶ ـ مقدس اردبیلی، شرح ارشاد، کتاب وکالت ـ شرح الیاس، ج ۳، ص ۲۱۳ (فقه حنفی).

پیامدهای تخلف خویش است.

در موردی که وکیل با اذن موکل برای اجرای وکالت وکیل دیگری انتخاب می‌کند، خواه برای موکل باشد یا خود وکیل، مسؤول اعمال او نیست. زیرا، وکیل انتخاب شده در شیوهٔ اجرای وظایف خود آزاد است و موکل نیز، با دادن اختیار توکیل، نتیجهٔ اعمال او را نسبت به خود پذیرفته است.

بیگمان، هرگاه وکیل در انتخاب خود بی‌مبالاتی کند و محجور یا معسر یا ناشایسته‌ای را برگزیند، مسؤول این تقصیر خویش است[1]. لیکن، اگر بر این انتخاب نتوان خرده گرفت، چون کار وکیل دوم به دستور وکیل اول انجام نمی‌شود، نمی‌توان او را مسؤول همهٔ تقصیرهای وکیل دوم پنداشت. با وجود این، در موردی که وکیل دوم سمت نایب وکیل اول را نیز داراست، باید نظارت عرفی لازم بر اعمال او انجام شود، وگرنه وکیل اول از این نظر نیز مسؤول تقصیر خویش است[2].

برعکس، جایی که وکیل، بدون داشتن اختیار توکیل، برای اجرای وکالت وکیل دیگری انتخاب کند، مسؤول اعمال او است و باید خساراتی را که از این رهگذر به موکل وارد می‌شود جبران سازد (مادهٔ ۶۷۳ ق.م.). موکل حق دارد به هر کدام از وکیل و برگزیدهٔ او که می‌خواهد یا به هر دو برای جبران خسارت رجوع کند: به وکیل نخست، به دلیل تجاوز از حدود اختیار، و به وکیل دوم از این جهت که نسبت به او بیگانه و غاصب است. پس، اگر ابتدا به وکیل نخست رجوع کند، او نیز به نوبهٔ خود می‌تواند به سبب مستقیم ورود ضرر (وکیل دوم) رجوع کند و، در صورتی که دخالتی در عمل زیانبار نداشته باشد، آنچه را به ضمانت از کار ناشایستهٔ او پرداخته است باز ستاند. ولی، هرگاه موکل نخواهد از مسؤولیت وکیل خود استفاده کند، حق رجوع مستقیم به وکیل دوم را دارد و او نمی‌تواند از این باب به وکیل رجوع کند، مگر این که او نیز در ورود ضرر دخالت مستقیم داشته باشد.

۱. کولن و کاپیتان، ج ۲، ش ۱۳۵۸ ـ رودیر، وکالت، فرهنگ حقوق مدنی دالوز، کلمهٔ **Mandat**، ش ۲۰۹ به بعد ـ پلنیول و ریپر، ج ۱۱، بوسیلهٔ ساواتیه، ش ۱۴۶۹ ـ مازو، دروس حقوق مدنی، ج ۳، ش ۱۴۰۳.

۲. پلنیول و ریپر و ساواتیه، همان کتاب، ص ۹۰۶.

قواعدی که گفته شد، دربارهٔ اعمال اجیری که به وسیلهٔ وکیل برای انجام امور مادی و مقدماتی وکالت استخدام می‌شود قابل اجراء است، مگر در مورد کارگران و زیردستان او، که بر طبق قواعد عمومی، مسؤولیت کارهایشان به عهدهٔ کارفرما و خادم است.

در موردی که برای اجرای وکالت وکیلان متعدد انتخاب می‌شوند، باید بین حالت استقلال و اجتماع آنان تفاوت گذارد: در حالت نخست، هریک از وکلاء مسؤول اعمال خویش است. ولی، در حالت اجتماع (و اطلاق) وکلاء در مورد اعمال جمعی که انجام داده‌اند مسؤولیت تضامنی دارند.

ب : چگونگی اجرای وکالت

۷۸. حفظ اموال موکل :

اموالی که به منظور اجرای وکالت یا در نتیجهٔ آن به وکیل سپرده می‌شود نزد او امانت است. وکیل باید از این اموال حفاظت کند و پس از اجرای مفاد وکالت یا در موعد مقرر به موکل مسترد دارد (مادهٔ ۶۶۸ ق.م.). تعدی و تفریط وکیل در این دوران عقد را منحل نمی‌سازد، ولی موجب مسؤولیت او و تبدیل «ید امانی» به «ید ضمانی» می‌شود. برای مثال، اگر اتومبیلی را که برای فروش به او سپرده شده است به فرزند خود دهد تا با آن تعلیم رانندگی ببیند یا پول حاصل از فروش آن را وام بدهد، ضامن تلف یا نقصی است که از این رهگذر به موکل وارد می‌شود، هرچند که دلایل خارجی دیگر داشته باشد.

در واقع، وضع حقوقی وکیل در این مورد شباهت کامل با امین در ودیعه دارد. پس، دادرس می‌تواند همان قواعد حاکم بر روابط مودع و مستودع را در این مورد اجرا کند. چنان که در مادهٔ ۶۳۱ قانون مدنی نیز آمده است که: «هرگاه کسی مال غیر را به عنوانی غیر از مستودع متصرف باشد و مقررات این قانون او را نسبت به آن مال امین قرار داده باشد، مثل مستودع است...».

۷۹. رعایت حدود وکالت :

وکیل نباید از حدود اذنی که به او داده شده است فراتر رود و به کاری دست زند که

در انجام آن نیابت نداشته است (مادهٔ ۶۶۳ ق.م.). برای مثال، اگر وکالت برای اجاره دادن ملکی داشته باشد، نمی‌تواند به بهانهٔ مصلحت موکل خودسرانه آن را بفروشد یا رهن گذارد. همچنین، در فروش آن مال نیز رعایت مفاد اذن موکل و مفهوم عرفی آن ضرورت دارد. مطلق ماندن وکالت، به معنی فروش به بهای روز و نقد است و در مورد خرید، خریدن کالای سالم به قیمت روز است. پس، اگر وکیلی جنس معیب بخرد یا مالی را به کمتر از ثمن مثل بفروشد، از مفاد عرفی اذن تجاوز کرده است. مادهٔ ۶۶۷ ق.م. در همین زمینهٔ مقرر می‌دارد: «وکیل باید... از آنچه که موکل بالصراحه به او اختیار داده یا بر حسب قرائن و عرف و عادت داخل در اختیار او است تجاوز نکند».

ضمانت اجرای تخلف از این تعهد، عدم نفوذ عمل حقوقی است که وکیل بدون داشتن نمایندگی انجام داده. بیگمان موکل می‌تواند عمل فضولی وکیل را تنفیذ کند، ولی هرگاه از امضای آن خودداری کند، معامله هیچ اثری، حتی در رابطهٔ وکیل و طرف قرارداد، ندارد و علم و جهل آنان به فضولی بودن عمل در نفوذ معامله بی‌اثر است؛ چنان که مادهٔ ۱۰۷۳ ق.م. این قاعده را در مورد نکاح اجرا کرده است. در این ماده آمده است: «اگر وکیل از آنچه که موکل راجع به شخص یا مهر یا خصوصیات دیگر معین کرده تخلف کند، صحت عقد متوقف بر تنفیذ موکل خواهد بود».

۸۰. رعایت مصلحت موکل :

وکیل باید در تصرفات و اقدامات خود مصلحت موکل را مراعات نماید (مادهٔ ۶۶۷ ق.م.). زیرا، در بسیاری امور موکل فرصت آن را نمی‌یابد تا دربارهٔ همهٔ جزئیات کار وکالت تعلیم لازم را بدهد یا ضرورتی نمی‌بیند، پس چگونگی اجرای وکالت را به امانت و کاردانی و مراقبت وکیل وا می‌گذارد. اذن موکل مقید بر این است که وکیل به سود او گام بردارد و چون امینی دلسوز مصلحت او را در نظر داشته باشد.

در موردی که وکیل به عمد مصلحت موکل را ندیده می‌گیرد و به سود خود اقدام می‌کند، عمل او فضولی است (مادهٔ ۱۰۷۴ ق.م.)، زیرا به مقتضای امانت رفتار نکرده و هنگام انجام وکالت به مصلحت موکل و نیابت نمی‌اندیشیده و به آن عنوان تصمیم نگرفته است. او، معامله

را به سود خود انجام داده و از حدود نیابت تجاوز کرده است. به همین جهت، طبیعی است که باید کار او نفوذ حقوقی نداشته باشد، به ویژه اگر با طرف معامله برای سوءاستفاده از اختیار تبانی کرده باشد[۱].

برعکس، جایی که وکیل در حدود متعارف رفتار کرده باشد و با وجود این معامله به مصلحت موکل واقع نشود، باید معامله را نافذ شمرد. زیرا، تعهد وکیل در اجرای وکالت تعهد به مراقبت و تمهید وسیله است و از او جز این نمی‌توان انتظار داشت که «به قصد نیابت و رعایت مصلحت موکل، در حدود عرف کوشش کند». پس، اگر به نتیجه نرسد نباید در نفوذ معامله تردید کرد. ولی، از سوی دیگر، موکل نیز می‌تواند، با استفاده از خیار غبن و عیب و مانند اینها، از خود رفع ضرر کند.

اشکال در جایی است که وکیل قصد خیانت یا تجاوز ندارد، ولی در نتیجهٔ عدم مراقبت و احتیاط لازم عمل حقوقی انجام می‌دهد که به مصلحت موکل نیست. برای مثال، دربارهٔ بهای واقعی کالا یا سلامت آن تحقیق لازم را نمی‌کند و در نتیجه کالایی را به بهای بیشتر می‌خرد یا کالای معیب خریداری می‌کند.

قانون مدنی حکم خاصی در این باره ندارد، ولی بیشتر نویسندگان فضولی بودن معامله را ترجیح داده‌اند[۲]. با وجود این، نفوذ معامله عادلانه‌تر و از نظر حقوقی قوی‌تر است. زیرا، فرض این است که وکیل به قصد نیابت و رعایت مصلحت موکل اقدام کرده است و تحصیل نتایج بی‌مبالاتی یا ناآگاهی وکیل بر موکل، که خود او را برگزیده است و بر کارش نظارت دارد، منطقی‌تر از بی‌اعتبار ساختن معامله‌ای است که طرف قرارداد با اعتماد به ظاهر انجام داده است.[۳]

باید افزود که منظور از «زیان موکل»، در همهٔ مباحث گذشته، زیان نامتعارف است؛ زیانی که عرف آن را قابل مسامحه نمی‌داند و بطور معمول اشخاص در داد و ستدهای خود از آن نمی‌گذرند. بنابراین، اگر کالایی راکه بهای واقعی آن صد هزار ریال است وکیل به هزار ریال کمتر

۱. رک. رأی شعبه ۹ دیوان عالی کشور، ۹/۹۰۸ ـ ۱۳۶۳/۳/۲۹: عقود معین، ج ۴، ش ۱۰۳.
۲. شیخ محمد حسن نجفی، جواهرالکلام، ج ۲۷، ص ۳۶۶ و ۳۶۷ ـ سید محمد کاظم طباطبایی یزدی، همان کتاب.
۳. رک. همین دوره از حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، ش ۳۲۷.

بفروشد، هیچ کس آن را فضولی نمی‌شمرد و کار وکیل را «تعدی» نمی‌داند، مگر اینکه موکل به نارضایی خود در مورد فروش کمتر از صد هزار ریال تصریح کرده باشد[۱].

۸۱. دادن حساب وکالت :

وکالت مبتنی بر نیابت است و معامله به طور مستقیم برای موکل انجام می‌شود، وکیل امین موکل است تا آنچه را به دست می‌آورد نگاه دارد و به موکل بدهد.

داوری در این که آیا موکل استحقاق گرفتن آنچه در نتیجهٔ معامله به دست آمده است دارد، با وکیل نیست و او تکلیفی جز رد مورد امانت به موکل ندارد؛ چنان که مادهٔ ۶۶۸ ق.م. در این باره مقرر می‌دارد: «وکیل باید حساب مدت وکالت خود را به موکل بدهد و آنچه را که به جای او دریافت کرده است رد کند». با وجود این، آنچه را وکیل به اشتباه دریافت کرده است باید به صاحب آن رد کند و نمی‌تواند آن را به موکل بدهد.

موکل می‌تواند، ضمن قرارداد وکالت یا پس از آن، وکیل را از دادن صورتحساب معاف کند: یعنی، ملتزم شود که گفتهٔ وکیل را به عنوان نتیجهٔ محاسبه بپذیرد. زیرا، گفته شد که قانونگذار در تنظیم روابط وکیل و موکل بنا را بر مسامحه نهاده و از سختگیری‌های متعارف در معاملات پرهیز کرده است. وکیل امین و نایب و موکل است و می‌تواند چندان مورد اعتماد قرار گیرد که از دادن هر نوع صورتحساب معاف شود.

معاف کردن وکیل از دادن صورتحساب ممکن است به طور ضمنی انجام گردد و از اوضاع و احوال استنباط شود. برای مثال، اگر کاسبی از دوست معتمدی بخواهد که مدتی به نمایندگی از طرف او کالای مورد نیاز مشتریان را به آنان بفروشد و نوع کسب خرده‌فروشی و نگاهداری محاسبهٔ آن نامتعارف باشد، باید پذیرفت که وکیل از دادن حساب مدت وکالت معاف شده است. وانگهی، رابطهٔ عرفی آن دو را می‌توان چنین تحلیل کرد که، ریختن بهای فروش کالا در دخل کاسب، به منزلهٔ دادن تدریجی حساب معاملاتی است که برای او انجام می‌دهد و نیاز به صورت دیگری ندارد.

۱. محقق ثانی، جامع‌المقاصد، ج ۱، ص ۴۹۱.

گفتار دوم: تعهدات موکل

۸۲. پرداخت اجرت :

وکالت ممکن است رایگان باشد یا موکل را به پرداخت دستمزد وکیل متعهد کند. ولی، از آنجا که کار هیچ‌کس نباید بدون پاداش بماند، وانگهی ظاهر این است که جز در موارد خاص کسی به رایگان خدمتی عرضه نمی‌کند، وکالت بر مبنای تعهد موکل به پرداخت اجرت وکیل محسوب می‌شود، مگر این که خلاف آن به صراحت مقرر شده باشد؛ چنان که مادهٔ ۶۶۷ ق.م. در همین زمینه مقرر می‌دارد: **«اگر در وکالت مجانی یا با اجرت بودن آن تصریح نشده باشد، محمول بر این است که با اجرت باشد».**

معین نشدن میزان دستمزد یا اشاره نکردن به التزام موکل، نشانهٔ رایگان بودن وکالت نیست. در این موارد، وکیل می‌تواند، پس از اجرای مفاد وکالت، اجرت‌المثل کار خود را بر مبنای نظر کارشناس مطالبه کند. گاه نیز عرف و عادت میزان اجرت را معین می‌کند یا در آئین‌نامه‌ها نرخ معین دارد (مانند وکالت در دعاوی). در این فرض، سکوت طرفین در قرارداد به منزلهٔ پذیرش ضمنی دستمزد متعارف و رسمی است که باید پرداخت شود. مادهٔ ۶۷۶ دربارهٔ احکام یاد شده مقرر می‌دارد: «حق‌الوکالهٔ وکیل تابع قرارداد بین طرفین خواهد بود و اگر نسبت به حق‌الوکاله یا مقدار آن قرارداد نباشد، تابع عرف و عادت است و اگر عادت مسلمی نباشد وکیل مستحق اجرت‌المثل است».

در صورتی که اجرت قراردادی گزاف باشد، موکل می‌تواند، در حدود قواعد مربوط به خیار غبن (مواد ۴۱۶ به بعد ق.م.)، پیمان را فسخ کند و اجرت‌المثل کار وکیل را بپردازد.

۸۳. پرداخت هزینه‌ها :

موکل باید هزینهٔ اجرای وکالت را بپردازد، زیرا کاری است که به دستور و سود او انجام می‌شود. پرداخت هزینه‌ها منوط به حصول نتیجهٔ مورد نظر موکل نیست. پس، اگر وکیلی به منظور فروش کالای مورد نظر یا دفاع از موکل به مسافرت رود و موفق به فروش

نشود یا در دعوا شکست بخورد، موکل نمی‌تواند از پرداختن هزینهٔ مسافرت خودداری کند. همچنین، لزومی ندارد که هزینه‌ها به دیگران پرداخته شده باشد. هرگاه برای انجام دادن کاری که در دید عرف، به عنوان مقدمهٔ اجرای وکالت، ضرورت دارد، وکیل اقدام کند و اجیر نگیرد، حق دارد اجرت‌المثل عمل خود را از موکل بخواهد: بدین تفصیل که، هرگاه اجرت در قرارداد وکالت معین نشده باشد، این کار اضافی بر میزان آن می‌افزاید. ولی، جایی که میزان دستمزد معین شده است، اموری که در دید عرف از وظایف وکیل بیرون است و به طور معمول برای انجام دادن آن اجیر گرفته می‌شود، در این محاسبه منظور نمی‌گردد. وکیل، در مقام اجرای کارهای اضافی، به منزلهٔ اجیری است که به وکالت مأذون از طرف موکل بوده است و بر همین مبنا حق دارد اجرت‌المثل بگیرد.

اثبات صرف هزینه یا انجام دادن کاری که مستلزم پرداخت اجرت است، بر طبق قواعد عمومی، با وکیل است که ضمن دادن حساب مدت وکالت انجام می‌شود. اما، در این اختلاف که آیا برای اجرای وکالت مفید یا ضروری بوده است، گفتهٔ وکیل را باید مقدم شمرد. زیرا، اختلاف دربارهٔ مفید یا ضروری بودن هزینه‌ها بدین باز می‌گردد که آیا وکیل مصلحت موکل را از یاد برده و مرتکب تقصیر شده است یا نه؟ ظاهر مادهٔ ۶۷۵ قانون مدنی نیز همین نتیجه را می‌رساند. زیرا، در آن آمده است که: «موکل باید تمام مخارجی را که وکیل برای انجام وکالت خود نموده است و همچنین اجرت وکیل را بدهد، مگر اینکه در عقد وکالت طور دیگر مقرر شده باشد».

مبحث دوم: آثار وکالت نسبت به اشخاص ثالث

۸۴. تقسیم مبحث:

عقد وکالت به منظور ایجاد ارتباط حقوقی بین موکل و طرف قراردادی که به‌وسیلهٔ وکیل انجام می‌شود منعقد می‌گردد. در واقع، این قرارداد بین موکل و شخص ثالث به وجود می‌آید و وکیل واسطهٔ انعقاد آن است. به همین جهت، آثار معامله، اگر در حدود نیابت وکیل انجام شود، به موکل می‌رسد و او را مالک یا مدیون و طلبکار می‌کند. از سوی دیگر، وکیل نیز در نتیجهٔ اجرای وکالت با طرف معامله ارتباط حقوقی پیدا می‌کند و توافق با او است که سبب بستن پیمان می‌شود. پس، منطقی است که رابطهٔ موکل و وکیل با طرف قرارداد جداگانه مورد مطالعه قرار گیرد:

گفتار نخست: رابطهٔ موکل با طرف قرارداد

۸۵. التزام به مفاد عقد در حدود وکالت:

همان گونه که اشاره شد، آثار عقدی که وکیل می‌بندد دامنگیر موکل می‌شود و او است که باید مفاد آن را اجراء کند. ولی، این التزام محدود به مواردی است که وکیل از سلطه‌ای که به او اعطا شده تجاوز نکرده باشد و معامله در حدود اذن موکل واقع شود. همچنین، نفوذ معاملهٔ وکیل دربارهٔ موکل منوط بر این است که مصلحت او را رعایت کرده باشد. منتها، در فرض رعایت نشدن مصلحت موکل، باید بین موردی که وکیل به عمد یا با تبانی طرف قرارداد حقوق او را ضایع می‌کند با موردی که خسارت موکل در

نتیجهٔ اشتباه و تقصیر او است تفاوت گذارد: در مورد عمد و تبانی، بیگمان معامله فضولی است و دربارهٔ موکل نفوذ ندارد. ولی، در موارد اشتباه و تقصیر، نفوذ معامله قوی‌تر به نظر می‌رسد (ش ۸۰).

نفوذ اعمال وکیل دربارهٔ موکل، تنها در مورد آثار قراردادهایی که به نام او بسته می‌شود نیست؛ هر عملی که وکیل در حدود اختیار خود انجام دهد مانند این است که موکل انجام داده باشد. بنابراین، تمام اسنادی که وکیل امضاء کرده است، دربارهٔ موکل از همان اعتباری برخوردار است که خود او امضا کند و از این نوشته‌ها می‌توان، به عنوان سند، در برابر موکل استناد کرد. اقرار وکیل نیز نسبت به موضوعی که در حدود اختیار او است موکل را پای‌بند می‌کند. همچنین، اقدام‌های وکیل مرور زمان را به سود موکل قطع می‌کند و همانند اقدام خود او است. موکل نمی‌تواند، بر حکمی که با شرکت وکیل صادر شده است، به عنوان ثالث اعتراض کند.

۸۶. وضع موکل در برابر معاملاتی که به نام او انجام نمی‌شود :

گفته شد که وکیل به نام و به حساب موکل اقدام می‌کند. اعلام این حقیقت که معامله برای چه کسی واقع می‌شود، از نظر طرف قرارداد اهمیت بسیار دارد. زیرا، یکی از آثار احترام به آزادی قراردادها این است که، هر کس بتواند به میل خویش طرف معاملهٔ خود را برگزیند و با هر کس می‌خواهد رابطهٔ حقوقی برقرار کند. پس، باید به او اعلام شود که از این پس با چه شخصی روبرو است. وانگهی، اشخاص از نظر توانایی مالی و امانت و خوش‌حسابی با هم برابر نیستند و این فریب تحمل‌ناپذیر است که شخص بدین گمان که با وکیل طرف قرارداد است پیمانی را امضا کند و ناگاه خود را هم‌پیمان با موکل ببیند.

به همین دلیل است که در حقوق پاره‌ای از کشورها، از جمله فرانسه، در مواردی که وکیل در قرارداد از موکل نام نمی‌برد موظف به اجرای تعهدهای ناشی از آن است[1] و در

۱. دیوان کشور فرانسه، رأی ۳ مه ۱۸۹۳: دالوز ۱۸۹۴، ۱، ۵۶۸ - ریپر و بولانژه، ج ۳، ش ۲۱۵۷ - رودیر، وکالت، ش ۲۲۷ به بعد (دالوز، فرهنگ حقوق مدنی ۱۹۳، ج، ص ۱۳۴۰).

حقوق تجارت ما نیز حق‌العمل کار خود عهده‌دار تعهدات ناشی از معامله است[۱].

ولی، در مادهٔ ۱۹۶ قانون مدنی آمده است که: «**کسی که معامله می‌کند آن معامله برای خود آن شخص محسوب است، مگر اینکه در موقع عقد خلاف آن را تصریح نماید یا بعد خلاف آن ثابت شود**». بدین ترتیب، اگر بعد از وقوع معامله ثابت شود که یکی از دو طرف معامله وکیل شخص ثالثی بوده است معامله برای آن شخص واقع می‌شود.

چنان که اشاره شد، اگر مفاد این ماده در رابطهٔ بین طرف قرارداد و وکیل مؤثر باشد و او را به طور انحصاری با موکل روبرو سازد، با اصل آزادی قراردادها و لزوم حفظ امنیت در معاملات منافات دارد و در این باره به زودی بحث خواهیم کرد. ولی، در رابطهٔ با موکل، هرگاه ثابت شود که وکیل، بر مبنای نیابتی که از موکل داشته است و بدین قصد که معامله برای او انجام شود، طرف عقدی قرار گرفته است، این عقد موکل را پای‌بند می‌کند، هرچند که نامی از او برده نشده باشد. پس، طرف معامله حق دارد اجرای تعهداتی را که وکیل بر عهده گرفته است از موکل بخواهد و موکل او نیز نمی‌تواند، بدین بهانه که نامی از وکالت برده نشده و طرف عقد با او معامله نکرده است، از اجرای این تعهدها امتناع ورزد، و این نتیجه منطقی و عادلانه به نظر می‌رسد.

گفتار دوم : رابطهٔ وکیل و طرف قرارداد

۸۷. عدم تعهد وکیل در اجرای مفاد عقد :

وکیل واسطهٔ معامله بین طرف قرارداد و موکل است؛ به نیابت از طرف موکل در انعقاد قرارداد دخالت دارد و شرط نفوذ عقد این است که در این راه رضای سالم داشته باشد، ولی دربارهٔ آثار عقد بیگانه است و از او نمی‌توان انتظار اجرای تعهدی را داشت. همچنین، منافع و حقوقی که از عقد ناشی می‌شود، از آن موکل است، هرچند که در نتیجهٔ کوشش وکیل و برخلاف انتظار موکل باشد. پس، اگر کسی وکیل برای فروش

۱. در اجرای همین اصل، مادهٔ ۶ قانون بیمه مصوب ۷ اردیبهشت ۱۳۱۶ مقرر می‌دارد: «هرکس بیمه می‌دهد بیمه متعلق به خود او است، مگر آنکه در بیمه‌نامه تصریح شده باشد که به‌نام دیگری است...».

اتومبیلی به مبلغ دویست هزار ریال باشد و آن را سیصد هزار ریال بفروشد، صد هزار ریال اضافه نیز به موکل تعلق دارد و وکیل نمی‌تواند آن را به حساب خود گذارد.

یکی از آثار بیگانه ماندن وکیل در برابر آثار عقد این است که نمی‌تواند به نام خود اجرای تعهدهای ناشی از عقد را از طرف قرارداد بخواهد یا بر او دعوا کند، هرچند که بخواهد به حساب موکل بگذارد[1].

کافی است که وکیل حدود اختیار خویش را به آگاهی طرف قرارداد برساند تا از ضمان قهری نیز در برابر او مصون بماند. هرگاه دربارهٔ آگاه ساختن طرف قرارداد از حدود این اختیار اختلاف شود، مقتضای اصل ناآگاه ماندن طرف قرارداد است، ولی ظاهر این است که به طور معمول طرف قرارداد از اختیار وکیل آگاه می‌شود و پیش از آن خود را در خطر معاملهٔ با وکیل بی‌اختیار قرار نمی‌دهد. به همین جهت، پاره‌ای از نویسندگان از این ظهور استفاده کرده‌اند که طرف قرارداد باید مدعی به شمار آید و ناآگاه ماندن خود را اثبات کند[2] و گاه بعض از محاکم از اجرای «اصل عدم اطلاع» دفاع کرده‌اند و دلیل آگاه ساختن را بر دوش وکیل نهاده‌اند.[3]

به نظر می‌رسد که ظاهر مورد استناد بر اصل مقدم است و باید آن را به عنوان اماره‌ای بر کشف واقع محترم دانست، مگر این که در مورد خاصی اوضاع و احوال این ظهور را از بین ببرد یا دلیل معینی بر ناآگاه ماندن طرف قرارداد ارائه شود.

برعکس، جایی که طرف قرارداد از چگونگی اختیار وکیل بی‌اطلاع می‌ماند، هرگاه وکیل از حدود این اختیار تجاوز کند، در برابر طرف قرارداد مسؤول است. منتها، این مسؤولیت ریشهٔ قراردادی ندارد، زیرا وکیل برای خود معامله نکرده است. وکیل، برحسب قواعد عمومی مسؤولیت مدنی و ضمان ناشی از تقصیر خود، مسؤول جبران خساراتی است که در نتیجهٔ بطلان عقد به او می‌رسد.

با وجود این، اگر وکیل اجرای مفاد عقد را به عهده گرفته باشد، به مفاد تضمین خود در برابر طرف قرارداد پای‌بند است.

۱. ابری و رو، ج ۶، بوسیلهٔ اسمن، ش ۴۱۵، ص ۲۲۹.
۲. رودیر، وکالت، همان کتاب ـ لوران، ج ۲۸، شمارهٔ ۴۷ (نقل از همان مقاله).
۳. دادگاه دوئه، ۱۲ نوامبر ۱۸۴۰ : رویهٔ قضایی عمومی، وکالت، ش ۳۰۵.

۸۸. حالتی که وکیل نامی از موکل در معامله نمی‌برد :

گفته شد که، هرگاه وکیل در معامله‌ای که انجام می‌دهد نامی از موکل نبرد، بر طبق مادهٔ ۱۹۶ قانون مدنی می‌تواند پس از انعقاد قرارداد ثابت کند که معامله برای موکل بوده است. نتیجهٔ این اثبات را قانون به صراحت معین نمی‌کند و معلوم نیست، پس از احراز این امر که وکیل عقد را به نیابت انجام داده است، چه باید کرد؟ آیا این امر موجب خواهد شد که طرف قرارداد با شخصیتی مجهول و ناخواسته (موکل) طرف معامله شود یا، در چنین فرضی، وکیل خود متعهد به انجام تعهدهای ناشی از عقد است و اثبات نیابت تنها از جهت رابطه‌ای که با موکل دارد مؤثر است؟

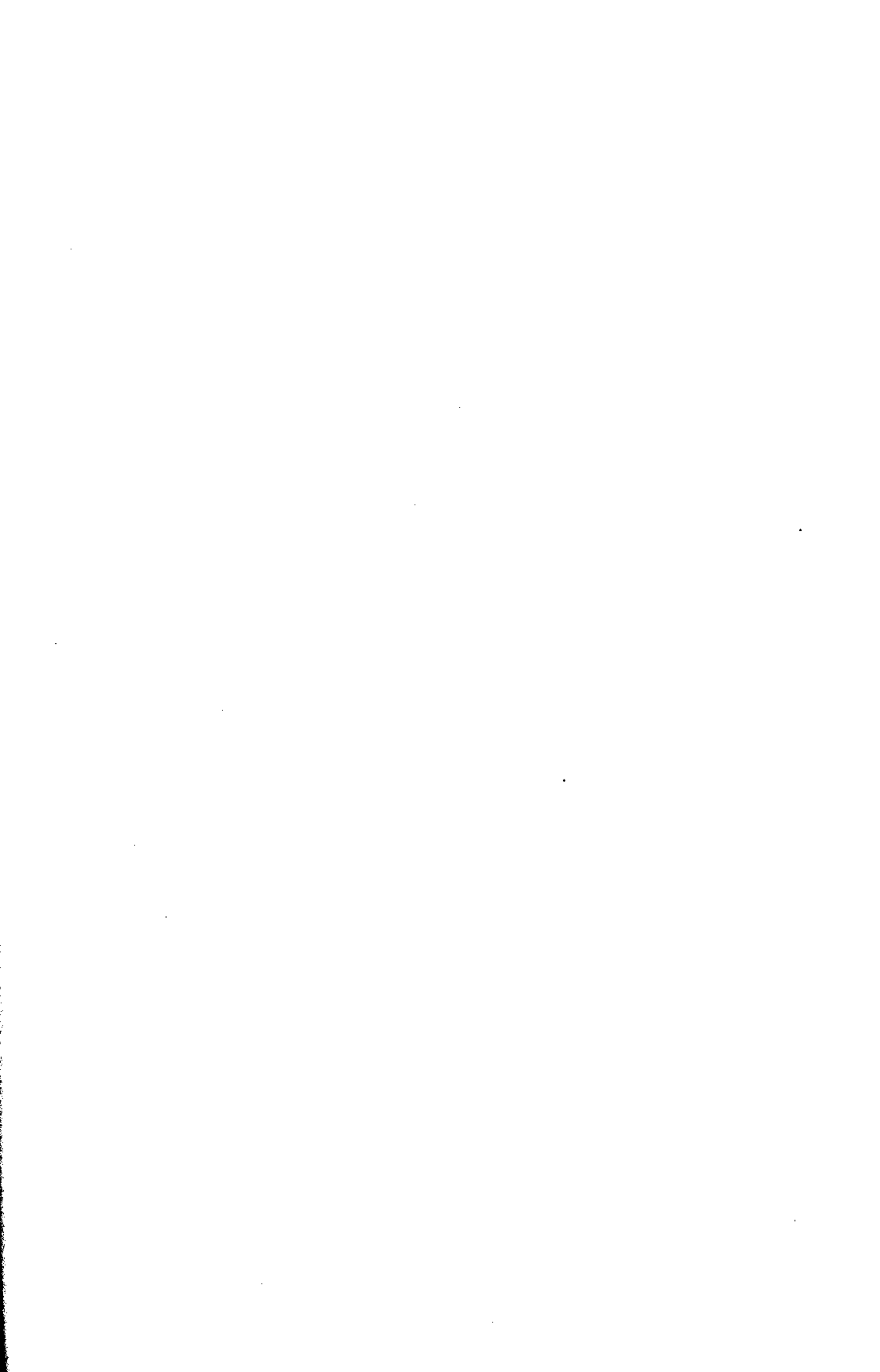
برای مثال، هرگاه شخصی کالایی بخرد و در عقد بیع نگوید که آن را به نیابت می‌خرد و پس از آن مدعی شود که خرید برای موکل بوده است و او باید ثمن را بپردازد، آیا فروشنده باید بهای کالا را از موکل بگیرد یا وکیل نیز متعهد به پرداختن آن است؟[1]

در پاسخ این مشکل باید گفت، چون توافق بر این مبنا قرار گرفته است که وکیل، به عنوان طرف اصلی عقد، خود پاسخگوی تعهد ناشی از آن باشد، نمی‌توان او را به استناد قصد باطنی که در تراضی نیامده است معاف از انجام تعهد دانست. در هر عقد، طرفین پای‌بند به قصد مشترک و مفاد توافق خود هستند نه آنچه هریک در باطن می‌خواسته است. بنابراین، قصد انجام دادن معامله برای موکل، اگر در تراضی نیامده باشد، اثری در عقد ندارد و نباید مانع از رجوع فروشنده به او شود. مفاد مادهٔ ۱۹۶ نیز با این استنباط منافات ندارد، زیرا این ماده ناظر به فرض مربوط به اصیل بودن طرفین دعوا و رفع اختلاف بین وکیل و موکل است[2].

۱. این فرض ناظر به موردی است که وکالت اثبات شود، وگرنه، خریدار باید خود ثمن را بپردازد و در صورتی که بین او و موکل مورد ادعا دربارهٔ اصل وکالت اختلاف شود، وکیل مدعی محسوب می‌شود (محقق، شرایع، کتاب وکالت ـ شهید ثانی، مسالک‌الافهام، ج ۱، ص ۳۴۳ ـ شیخ محمد حسن نجفی، جواهرالکلام، ج ۲۷، ص ۴۳۵ ـ سید محمد کاظم طباطبایی یزدی، عروةالوثقی، ج ۲، ص ۱۵۱).

۲. فقهای امامیه نیز در مورد عدم ذکر وکالت در عقد، رجوع به وکیل را برای گرفتن ثمن مجاز شمرده‌اند: شیخ محمد حسن نجفی، جواهرالکلام، ج ۲۷، ص ۴۴۰ ـ سید محمد کاظم طباطبایی یزدی، عروةالوثقی، ج ۲، ص ۱۵۶ ـ شهید ثانی، مسالک‌الافهام، ج ۱، ص ۳۴۳.

با وجود این، نباید چنین پنداشت که تعهد وکیل در برابر طرف قرارداد به معنی عدم نفوذ وکالت در رابطهٔ وکیل و موکل است. نیامدن نام موکل در قرارداد به رابطهٔ حقوقی ناشی از وکالت صدمه نمی‌زند. وضع وکیل در این حالت مانند حق‌العمل کاری است که به حساب دیگری معامله می‌کند و ناچار است که آنچه از این راه به دست می‌آورد به موکل بدهد. موکل نیز باید وسیلهٔ اجرای التزامی را که وکیل به نیابت از جانب او به عهده گرفته است فراهم آورد و خسارات ناشی از آن را جبران کند.



فصل سوم

انحلال وکالت

۸۹. موارد انحلال :

وکالت عقدی است جایز. وانگهی، این عقد بر مبنای اعتماد و تکیه بر شخصیت طرف‌های متقابل بسته می‌شود. پس، طبیعی است که به خواست هریک از دو طرف یا فوت و حجر یکی از آنان منحل شود. مادهٔ ۶۷۸ قانون مدنی در این باره اعلام می‌کند: **«وکالت به طریق ذیل مرتفع می‌شود: ۱) به عزل موکل ۲) به استعفای وکیل ۳) به موت یا به جنون وکیل یا موکل».** بر این موارد باید «سفه» و از بین رفتن متعلق وکالت را نیز افزود (مواد ۶۸۲ و ۶۸۳ ق.م.).

موارد انحلال وکالت را به دو گروه می‌توان تقسیم کرد:

۱. موارد فسخ، که به ارادهٔ وکیل یا موکل انجام می‌شود. وجه تمایز این گروه در لزوم اعلام فسخ است که منتهی به انحلال وکالت می‌شود و در هیچ صورتی به طور قهری و خود به خود انجام نمی‌پذیرد.

۲. موارد انفساخ، که بدون احتیاج به تصمیم خاص و به حکم قانون انجام می‌شود، مانند حادثهٔ فوت یکی از دو طرف که عقد را خود به خود منحل می‌کند.

مبحث اول: فسخ وکالت

گفتار نخست: موارد و آثار فسخ

۹۰. عزل موکل

به موجب مادهٔ ۶۷۹ ق.م.: «**موکل می‌تواند هر وقت بخواهد وکیل را عزل کند...**».
پس، موکل نیازی به توجیه کار خود برای عزل وکیل ندارد و در بر هم زدن وکالت آزاد است.

عزل وکیل ممکن است به طور ضمنی باشد؛ چنان‌که، هرگاه موکل عملی را که مورد وکالت است خود انجام دهد، یا عملی کند که با وکالت منافی باشد، یا وکیل دیگری برای انجام مورد وکالت تعیین کند و معلوم باشد که نمی‌خواهد هر دو عمل مورد نظر را انجام دهند (مانند تعیین مدیر جدید برای مؤسسه‌ای که یک مدیر بیشتر ندارد)، اقدام او به منزلهٔ عزل وکیل است، به ویژه در موردی که با آگاهی از وکالت صورت پذیرد.

پیش از آگاه شدن وکیل از عزل خود، اعمال حقوقی که او برای موکل انجام می‌دهد نافذ است (مادهٔ ۶۸۰ ق.م.). همچنین، دیدیم که نفوذ اعمال وکیل نتیجهٔ طبیعی و حکم اولی عزل نیست، بلکه پیش‌گیری از ورود ضرر به وکیل و طرف قرارداد باعث شده است تا قانونگذار به عنوان حکم ثانوی در این مورد عزل را مؤثر نداند و آگاه شدن وکیل را شرط نفوذ آن قرار دهد (ش ۶۰). منتها، باید یادآوری کرد که رعایت مادهٔ ۶۸۰ ق.م. منوط بر این است که طرف قرارداد از عزل آگاه نباشد و با حسن نیت معامله کند، وگرنه

ضرر او و در نتیجه عدم نفوذ عزل منتفی است و چنین معامله‌ای را نمی‌توان دربارهٔ موکل نافذ دانست.

نکتهٔ دیگری که بایستی یادآور شود این است که، اگر خبر عزل به وسیلهٔ پست به اقامتگاه وکیل فرستاده شود، رسیدن نامه یا تلگرام به اقامتگاه او اماره بر آگاهی است و از این پس وکیل باید ثابت کند که حادثهٔ ناگهانی مانع از آگاه شدن او شده است.

۹۱. استعفای وکیل :

وکیل نیز می‌تواند، هرگاه بخواهد، از وکالت استعفا دهد و این اقدام اصولاً هیچ مسؤولیتی برای او ایجاد نمی‌کند. ولی، در مورد وکیل هم، استعفای نابهنگام و نامتعارف، بر مبنای «سوءاستفاده از حق استعفاء» برای او ضمان‌آور است و باید ضرر نامشروعی را که به بار آورده جبران کند.

در مورد استعفای وکیل، دیگر نمی‌توان ادعا کرد که آگاه شدن موکل شرط انحلال وکالت است و حکم استثنایی مادهٔ ۶۸۰ ق.م. را، که بر مبنای جلوگیری از ضرر دربارهٔ عزل موکل آمده است، نباید به یاری قیاس در استعفای وکیل اجرا کرد. ولی، در مادهٔ ۶۸۱ آمده است که: «بعد از اینکه وکیل استعفا داد، مادامی که معلوم است موکل به اذن خود باقی است، می‌تواند در آنچه وکالت داشته اقدام کند» و یکی از این موارد، حالتی است که موکل از استعفای وکیل بی‌اطلاع مانده و او را نیز عزل نکرده است.

بنابراین، اگر وکیلی که نیابت در ادارهٔ مؤسسه‌ای را داشته است از سمت خود استعفا دهد و پیش از آگاه کردن موکل همچنان به اعمال اداری خود ادامه دهد، در نفوذ حقوقی کارهای او نباید تردید کرد، مگر این که در فاصلهٔ استعفاء و ابلاغ آن به موکل، او نیز وکیل را عزل کرده باشد.

چنان که گفته شد، حکم مادهٔ ۶۸۱ قانون مدنی مبتنی بر نظریهٔ «عام بودن اذن موکل در برابر عقد» است که در فقه امامیه طرفدارانی دارد و از آنجا به قانون مدنی منتقل شده است و با عقد بودن وکالت منافات دارد.

گفتار دوم : اثر قرارداد خصوصی

۹۲. امکان اسقاط یا محدود کردن حق فسخ :

امکان بر هم زدن وکالت را نباید مقتضا و جوهر وکالت دانست و هیچ مانعی ندارد که در نتیجهٔ پیمان بین موکل و وکیل اختیار آنان محدود شود یا از بین برود؛ چنان که مادهٔ ۶۷۹ قانون مدنی دربارهٔ عزل موکل مقرر می‌دارد: «**موکل می‌تواند هر وقت بخواهد وکیل را عزل کند، مگر اینکه وکالت وکیل و یا عدم عزل در ضمن عقد لازمی شرط شده باشد**». مفاد این ماده اختصاص به موکل ندارد و دربارهٔ استعفای وکیل نیز اجراء می‌شود و سنت مربوط به طرح اثر قرارداد خصوصی دربارهٔ عزل موکل نباید این پندار را به وجود آورد که حق استعفای وکیل را نمی‌توان ساقط یا محدود کرد.

با وجود این، ممکن است ادعا شود که، چون در مادهٔ ۹۵۹ قانون مدنی به طور کلی اسقاط حقوق مدنی ممنوع شده است، این قاعدهٔ عام حکم مربوط به اسقاط حق عزل را به طور ضمنی نسخ می‌کند[1]. ولی، این ادعا را رویهٔ قضایی و عرف حقوقدانان ما به طور قاطع مردود دانسته است. حق نیز همین است. زیرا، گذشته از این که عام جدید را بدون یاری قرائن نمی‌توان ناسخ خاص قدیم قرار داد، پیش‌بینی اسقاط حق در قوانین جدیدتر قرینهٔ بارزی بر عدم نسخ است. وانگهی، مادهٔ ۹۵۹ ناظر به سلب حق «به طور کلی» است و منافاتی با سلب حق در رابطهٔ معین (به طور جزئی) ندارد[2].

۹۳. شرط نفوذ قرارداد :

نفوذ قرارداد و از بین رفتن حق عزل و استعفاء منوط بر این است که سلب حق جزئی باشد و به طور کلی حلالی را حرام نسازد. در موردی که وکالت برای انجام دادن امر

۱. دکتر عبدالمجید قائم مقامی، حقوق تعهدات، ج ۲، ص ۱۲۹ و ۱۳۰.
۲. در این باره، رک. ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، ص ۲۰۸، قرائت و تمرین (۳ - ۲).

معین یا مدتی محدود داده می‌شود، سلب حق و استعفاء تردیدی به وجود نمی‌آورد. ولی جایی که وکالت برای اداره و تصرف در تمام امور است و مدتی ندارد، از بین رفتن حق بر هم زدن عقد گاه با شخصیت و آزادی دو طرف و در نتیجه با نظم عمومی و اخلاق منافات دارد (مادهٔ ۹۷۵ ق.م.).

در مورد حق عزل، هرگاه کسی به طور دائم و برای انجام همهٔ امور خود به دیگری وکالت بلاعزل دهد، به ویژه در حالتی که حق انجام امور منافی با وکالت را نیز از خود سلب می‌کند، در واقع نوعی ولایت قراردادی به وجود می‌آورد که به علت مخالفت با آزادی و شخصیت موکل با نظم عمومی مخالف به نظر می‌رسد. وانگهی، جای این پرسش به میان می‌آید که این چه‌گونه اذن و نیابتی است که نایب می‌تواند برخلاف ارادهٔ اذن دهنده و صاحب حق تصمیم بگیرد و او را برای همیشه از تصمیم گرفتن دربارهٔ زندگی خود محروم سازد؟

از نظر امکان استعفای وکیل نیز، هرگاه وکالت برای انجام دادن امر معین یا مدت محدود نباشد، از بین رفتن حق استعفاء به منزلهٔ امکان تعهد به کار برای همیشه است و با شخصیت انسان و آزادی او مخالف می‌نماید.

پس، در مقام اسقاط حق عزل و استعفاء، باید توجه داشت که قرارداد خصوصی یا شرط، به دلیل تغییر در حرام و حلال شرعی یا مقرون بودن به جهت نامشروع یا از بین بردن آزادی و شخصیت انسان، برخلاف نظم عمومی و اخلاق حسنه نباشد. به بیان دیگر، مادهٔ ۶۷۹ قانون مدنی با تخصیص‌های ناشی از احکام مندرج در مواد ۹۵۹ و ۹۷۵ قانون مدنی باید اجرا شود و جمع این احکام مورد نظر قانونگذار است.

۹۴. صورتهای قرارداد:

در مادهٔ ۶۷۹ قانون مدنی، سقوط حق عزل در دو مورد پیش‌بینی شده است:

۱. موردی که وکالت ضمن عقد لازمی شرط شود؛

۲. حالتی که «عدم عزل» ضمن عقد لازمی شرط شود.

بر این دو مورد صورت‌های زیر را می‌توان افزود و اثر هرکدام را مورد بررسی قرار داد:

۳. موردی که وکالت ضمن عقد جایزی شرط شود؛
۴. حالتی که «عدم عزل» در عقد جایزی، و از جمله خود وکالت، شرط شده است.

۹۵. شرط وکالت ضمن عقد لازم :

شرط وکالت ضمن عقد لازم ممکن است به صورت شرط نتیجه باشد یا فعل:

۱. شرط نتیجه : هرگاه وکالت به صورت شرط نتیجه در عقد لازمی درآید، مانند این که در نکاح شرط شود که شوهر در ادارهٔ املاک زن وکیل او باشد، بی‌گمان نه موکل می‌تواند وکیل را عزل کند نه وکیل حق دارد استعفا دهد، مگر این که وکالت (شرط) تنها به سود یکی از آن دو باشد، که در این صورت، تنها مشروط‌علیه پای‌بند بدان می‌شود و آنکه شرط را به سود خود تحصیل کرده است همیشه می‌تواند از این امتیاز بگذرد و شرط را بر هم زند.

فرض کنیم، در مثال یاد شده، ادارهٔ اموال زن رایگان باشد و هیچ سودی برای شوهر تصور نشود. در این حالت، شرط چنین وکالتی در نکاح به سود زن است که از بیم استعفای شوهر آن را در نکاح آورده است، پس می‌تواند از این امتیاز بگذرد و شوهر را عزل کند. ولی، هرگاه وکالت در برابر دستمزد باشد یا به گونه‌ای دیگر احراز شود که هدف از شرط وکالت باقی ماندن رابطهٔ نمایندگی برای هر دو طرف است، شرط حق عزل را نیز از بین می‌برد.

باید افزود که شرط وکالت ضمن عقد لازم حق انجام مورد وکالت به وسیلهٔ موکل را از بین نمی‌برد. پس، اگر کسی ضمن عقد لازمی وکالت در فروش خانهٔ خود را به دیگری بدهد، این شرط مانعی در راه فروش خانه به وسیلهٔ موکل به وجود نمی‌آورد، مگر این که در شرط تصریح شود.

۲. شرط فعل: در صورتی که التزام به وکالت دادن ضمن عقد لازمی شرط شود (شرط فعل)، آنچه بی‌گمان الزام‌آور است وفای به شرط، یعنی توکیل به غیر، است. ولی، در این که آیا وکالتی هم که داده می‌شود برای دو طرف ایجاد الزام می‌کند یا طبیعت اصلی خود را دارد، اختلاف است :

پاره‌ای از نویسندگان اعتقاد دارند، شرط توکیل در عقد لازم نشانهٔ این است که طرفین می‌خواسته‌اند وکالتی که داده می‌شود الزام‌آور باشد، وگرنه دلیلی نداشت که آن را ضمن عقد لازم شرط کنند.[۱] ولی، جمع دیگر گفته‌اند که مفاد شرط تنها لزوم وکالت دادن است نه حفظ آن. پس، اگر موکل پس از اعطای نیابت وکیل را عزل کند برخلاف شرط کاری نکرده است[۲].

اگر قرینهٔ خاصی بر قصد مشترک نسبت به حفظ وکالت وجود نداشته باشد، نظر دوم قابل تأیید است. زیرا، آنچه ضمن عقد لازم شرط شده و از آن کسب لزوم می‌کند اعطای نیابت است نه ابقای آن. وکالت، در خارج از عقد و به صورت مستقل واقع می‌شود و طبیعت خود را حفظ می‌کند؛ وکیل می‌تواند استعفا دهد و موکل نیز حق دارد او را عزل کند.

۹۶. شرط عدم عزل ضمن عقد لازم :

این شرط نیز به دو صورت قابل تصور است :

۱. ضمن عقد لازم حق عزل وکیل از موکل سلب می‌شود (شرط نتیجه): در این صورت، بنابر حاکمیت ارادهٔ طرفین و لزوم وفای به شرط، اختیار عزل موکل ساقط و او پای‌بند به وکالت می‌شود.

۲. ضمن عقد لازم موکل تعهد می‌کند که از حق عزل استفاده نکند (شرط فعل): در این حالت حق عزل از بین نمی‌رود و هرگاه برخلاف شرط آن را به کار برد عزل نفوذ خود را دارد و وکالت را منحل می‌سازد. ولی، کسی که شرط «عدم عزل» به سود او شده است، می‌تواند عقد لازم را فسخ کند. به اضافه، موکل ناچار است که خسارات ناشی از این پیمان‌شکنی را جبران کند.

برای مثال، کسی به دیگری وکالت می‌دهد که زمین متعلق به او را پس از افراز به خود بفروشد. سپس، ضمن عقد اجاره یا صلحی که بین آن دو بسته می‌شود، موکل تعهد

۱. دکتر سید حسن امامی، ج ۲، ص ۲۳۲.
۲. نقل از: سید محمد کاظم طباطبایی یزدی، عروةالوثقی، ج ۲، ص ۱۲۲، مسألهٔ ۱۴.

می‌کند که وکیل را از وکالت فروش عزل نکند. در این فرض، اگر موکل وکیل را عزل کند، نیابت او در فروش خانه از بین می‌رود ولی وکیل هم حق پیدا می‌کند اجاره یا صلحی را که شرط «عدم عزل» در آن آمده است فسخ کند. استفاده از «خیار تخلف شرط» مانع از این نیست که، هرگاه عزل وکیل زیانی به بار آورد، مورد مطالبه قرار گیرد.

۹۷. شرط وکالت ضمن عقد جایز:

جایی که وکالت ضمن عقد جایز دیگری، مانند ودیعه، شرط شود، قانون مدنی حکمی ندارد. دلیل این سکوت نظر مشهور در فقه امامیه است که به موجب آن شرط ضمن عقد جایز الزام‌آور نیست[1]. پس، نباید چنین شرطی در زمرهٔ مواردی قرار گیرد که موکل حق عزل موکل را از دست می‌دهد.

ولی، نباید چنین پنداشت که شرط ضمن عقد جایز هیچ محدودیتی برای موکل یا وکیل به وجود نمی‌آورد. درست است که، بنا به فرض، عقد اصلی جایز است و موکل یا وکیل می‌تواند با فسخ آن وکالت را نیز بر هم زند، لیکن باید دانست که با شرط کردن وکالت، طرفین وجود رابطهٔ نمایندگی را تابع عقد قرار داده‌اند. در نتیجه، تا زمانی که عقد هست شرط نیز وجود دارد و کسی که مایل به فسخ شرط (وکالت) است، باید در آغاز و به عنوان مقدمه عقد را بر هم زند و نمی‌تواند آن را نگاهدارد و شرط را فسخ کند[2].

۹۸. شرط عدم عزل ضمن عقد جایز (وکالت):

شرط عدم عزل نیز، اگر به صورت شرط نتیجه باشد، امکان استفاده از حق را منوط به فسخ عقد جایز می‌کند و اختیار موکل را محدود می‌سازد. ولی آنچه در این باره اهمیت دارد این است که، اگر موکل (یا وکیل) حق عزل خود را ضمن وکالت اسقاط کند و اعلام دارد که وکالت بلاعزل به وکیل می‌دهد، چه اثر دارد؟ آیا حق عزل از بین می‌رود یا همچنان به طبیعت اصلی خود باقی می‌ماند؟

۱. نقل از: سید محمد کاظم طباطبایی، عروة‌الوثقی، ج ۲، ص ۱۲۲، مسألهٔ ۱۳.
۲. سید محمد کاظم طباطبایی، همان کتاب.

برای اثبات بی‌اثر بودن شرط، ممکن است استدلال شود که، در مادهٔ ۶۷۹ قانون مدنی، آزادی موکل در عزل وکیل «قاعده» است و تنها موردی از آن استثناء شده است که وکالت یا عدم عزل ضمن عقد لازمی شرط شود. استثناء را نیز به یاری قیاس و استحسان نمی‌توان گسترش داد. پس، موردی که در عقد وکالت شرط عدم عزل شود، چون در زمرهٔ استثناهای مندرج در مادهٔ ۶۷۹ نیامده است، اختیار عزل موکل را از بین نمی‌برد.

ولی، این استدلال را به دشواری می‌توان پذیرفت: با اصلی که در مادهٔ ۱۰ قانون مدنی پذیرفته شده است، آنچه اشخاص را در پیمان‌های خصوصی پای‌بند می‌کند توافق آنان است نه شکل پیمان؛ محتوای قرارداد و احترام به خواسته‌های مشترک طرفین آن عامل ایجاد الزام است نه قالب و صورت خارجی اراده. پس، این پرسش را چگونه باید پاسخ داد که، اگر حاکمیت اراده التزام به وجود می‌آورد، چه تفاوت می‌کند که توافق ضمن عقد لازم اعلام شود یا جایز؟ آیا جز این است که لزوم عقد نیز ناشی از همان حاکمیت است، و به همین دلیل نیز، همان دو اراده‌ای که عقد را به وجود آورده است می‌تواند آن را منحل سازد؟

آوردن وکالت ضمن عقد جایز نشانهٔ آن است که دو طرف نخواسته‌اند آزادی خود را به طور کامل از بین ببرند و فقط مایلند وکالت را تابع آن سازند. ولی، در موردی که سقوط عزل یا استعفاء ضمن وکالت اعلام می‌شود، دیگر این نشانه وجود ندارد. پس، لزوم احترام به خواست آنان و وفای به شرط ایجاب می‌کند که از مفاد آن پیروی شود و وکالت به صورت عقد لازم درآید. از آنان که در نفوذ چنین شرطی تردید دارند باید پرسید که، اگر وکیل و موکل خارج از وکالت و ضمن قرارداد مستقلی، دربارهٔ سقوط حق عزل و استعفا تصمیم بگیرند، چه باید کرد؟ آیا با وجود مادهٔ ۱۰ ق.م. می‌توان ادعا کرد که این قرارداد خصوصی نافذ نیست؟ و اگر قرارداد خصوصی نافذ است، چرا آوردن این قرارداد در ضمن وکالت این نفوذ را از بین می‌برد؟

مبحث دوم : انفساخ وکالت

۹۹. موارد انفساخ:

به حکم قانون مدنی، وکالت در این موارد منفسخ می‌شود: ۱) موت و جنون وکیل یا موکل ۲) حجر یکی از آن دو در مواردی که مانع از توکیل یا اقدام به وکالت است ۳) از بین رفتن متعلق وکالت، خواه به وسیلهٔ حوادث خارجی باشد یا اقدام موکل.

در فقه امامیه، اغماء وکیل یا موکل را نیز در زمرهٔ موارد انحلال آورده‌اند[۱]، ولی قانون مدنی نامی از آن نبرده است. به همین جهت نیز نمی‌توان بیهوشی را نیز در شمار موارد انفساخ آورد.

۱۰۰. موت و جنون وکیل یا موکل :

وکالت عقدی است که بر مبنای اعتماد متقابل وکیل و موکل به یکدیگر نهاده شده است؛ شخصیت هر کدام انگیزهٔ دیگری در انعقاد قرارداد است و با فوت هر کدام یکی از ارکان عقد بر هم می‌خورد[۲]. جنون را نیز باید در حکم موت قرار داد، زیرا باعث از بین رفتن شخصیت دیوانه می‌شود.

از نظر قانون مدنی، در انحلال وکالت تردید وجود ندارد. ولی، دربارهٔ چگونگی آثار این رویدادها و اثر قرارداد خصوصی در آن دو پرسش به ذهن می‌رسد که باید مورد بررسی قرار گیرد :

۱. نخستین پرسش این است که، آیا پیش از رسیدن خبر موت و جنون موکل به وکیل باید اعمال او را نافذ شناخت یا وکالت با این حوادث منحل می‌شود و علم و جهل وکیل

۱. محقق، شرایع، کتاب وکالت ـ شهید ثانی: مسالک، ج ۱، ص ۳۳۴؛ شرح لمعه، ج ۴، ص ۳۷۰.

۲. مازو، دروس حقوق مدنی، ج ۳، ش ۱۴۲۴ ـ شیخ محمد حسن نجفی، جواهرالکلام، ج ۲۵، ص ۱۶۷.

در انحلال و نفوذ اعمال او اثر ندارد؟

در این باره قانون مدنی حکمی ندارد و ظاهر از سکوت نویسندگان قانون این است که نخواسته‌اند، به مانند اثر عزل، انفساخ وکالت در اثر موت یا جنون را منوط به علم وکیل سازند، به ویژه که نظر قاطع فقیهان امامیه نیز این است که نفوذ اعمال وکیل پیش از آگاهی از عزل موکل حکم استثنایی است که نمی‌توان به قیاس دربارهٔ موت و جنون موکل اجرا کرد.

با وجود این، اگر پذیرفته شود که مبنای نافذ شناختن اعمال وکیل معزول جلوگیری از ضرر نامشروعی است که از این راه به وکیل و طرف قرارداد می‌رسد (ش ۶۰)، باید انصاف داد که این مبنا در مورد ناآگاه ماندن از فوت و جنون موکل نیز وجود دارد.

۲. آیا می‌توان شرط کرد که وکالت پس از فوت یا جنون باقی بماند؟

در موردی که وکالت یا عدم عزل ضمن عقد لازمی شرط شود، اثر آن پای‌بند ساختن وکیل و موکل و از بین بردن حق فسخ آنان است. طبیعت وکالت همچنان باقی می‌ماند و در اثر فوت و جنون هریک از دو طرف عقد نیابت از بین می‌رود. زیرا، ظاهر این است که طرفین خواسته‌اند تا رابطهٔ حقوقی میان آنها «وکالت» باشد، منتها، وکالتی که نتوانند به میل خویش بر هم زنند. پس، طبیعی است که آثار دیگر جایز بودن عقد، از جمله انحلال آن به فوت و جنون، حفظ شود.

در فرضی هم که به بقای وکالت تصریح می‌شود، باید گفت آنچه به طرف قرارداد اعطاء شده «حق» است نه نیابت و وکالت[1].

۱۰۱. حجر موکل و وکیل :

مطابق مادهٔ ۶۸۱ ق.م.: **«محجوریت موکل موجب بطلان وکالت می‌شود، مگر در اموری که حجر مانع از اقدام در آن نباشد».**

گفته شد که «حجر» در این ماده ناظر به «سفه» است. زیر از اثر جنون در مادهٔ ۶۷۸ سخن گفته شده است و تنها عارضه‌ای که احتمال دارد در خلال وکالت باعث انحلال آن شود «سفه» است. تفلیس نیز که گاه در زبان فقیهان از اسباب حجر به شمار می‌آید

۱. در این باره، رک. عقود معین، ج ۴، ش ۱۲۹.

نزدیک به عنوان ورشکستگی در حقوق کنونی است و اثر آن را در انعقاد وکالت دیدیم.
یادآوری این نکته نیز ضرورت دارد که، هر عارضه که مانع از انعقاد وکالت شود باعث انحلال آن نیز خواهد شد. پس، نیازی به تکرار آنچه در انعقاد وکالت گفته شد وجود ندارد.

۱۰۲. از بین رفتن متعلق وکالت :

در مادهٔ ۶۸۳ ق.م. آمده است: «هرگاه متعلق وکالت از بین برود یا موکل عملی را که مورد وکالت است خود انجام دهد یا به طور کلی عملی که منافی با وکالت وکیل باشد بجا آورد، مثل اینکه مالی را که برای فروش آن وکالت داده بود خود بفروشد، وکالت منفسخ می‌شود». هرچند که قانون از سه عنوان گوناگون «از بین رفتن متعلق وکالت» و «انجام مورد وکالت» و «بجا آوردن عمل منافی با وکالت» نام برده است، همهٔ آنها از حیث دلیل انفساخ مشترک است، جز این که انجام دادن مورد وکالت یا اقدام به عمل منافی وکالت از طرف موکل، گذشته از منتفی ساختن موضوع وکالت، نسخ ضمنی آن نیز هست. پس، از بین رفتن متعلق وکالت، ممکن است به یکی از دو صورت باشد :

۱) از بین رفتن موضوع در اثر حوادث خارجی یا اقدام اشخاص ثالث: مانند این که حیوان عرضه شده برای اجاره بمیرد یا وکالای مورد وکالت فروش بسوزد یا مؤسسه‌ای که وکیل آن را اداره می‌کند منحل شود....

۲) از بین بردن موضوع وکالت به وسیلهٔ موکل: مانند این که خانهٔ مورد فروش را ببخشد یا وصیت کند یا کالایی را که برای انفاق آن وکالت داده است خود مصرف کند.

۱۰۳. پایان مدت وکالت :

پایان یافتن مدت وکالت را نیز باید بر سایر موارد انحلال آن افزود. بدین معنی که، اگر مالکی برای فروش ملک خود به مدت سه ماه به دیگری وکالت دهد، تعیین مدت حق عزل را ساقط نمی‌کند، ولی باعث می‌شود که پس از سه ماه نمایندگی وکیل، بدون اینکه نیازی به عمل حقوقی دیگری از جانب موکل (عزل) باشد، خود به خود از بین برود. به همین جهت نیز باید آن را در زمرهٔ موارد «انعزال» وکیل یا «انفساخ» وکالت آورد[1].

۱. مادهٔ ۳۵ قانون تعهدات سویس.

عقد ضمان

مقدمه: مفهوم ضمان

۱۰۴. تعریف مادهٔ ۶۸۴:

مادهٔ ۶۸۴ قانون مدنی در تعریف «عقد ضمان» می‌گوید: «... **عبارت است از اینکه شخصی مالی را که بر ذمهٔ دیگری است به عهده بگیرد...**» و بدین ترتیب یکی از آثار عقد ضمان (به عهده گرفتن دین از سوی ضامن) را به جای تعریف عقد آورده است. در حالی که، نه تنها عقد ضمان به ایجاب ضامن محدود نمی‌شود و باید از قبول مضمون‌له نیز در آن یاد شود، اثر اصلی عقد نیز فقط به عهده گرفتن دین نیست و، در نتیجهٔ تراضی، طلب مضمون‌له از مدیون نیز ساقط می‌گردد (مادهٔ ۶۹۸ ق.م.) و همین دو اثر است که در حقوق ما به «نقل ذمه به ذمه» تعبیر می‌شود. به عهده گرفتن دین دیگری با «انتقال دین» و برائت مدیون ملازمه ندارد، زیرا ممکن است دین همچنان بر ذمهٔ مدیون باقی بماند و عهدهٔ ضامن نیز ضمیمهٔ آن شود.

بنابراین، برای شناساندن ماهیت ضمان مطلق، در تعریف آن باید گفت: «**عقدی است که به موجب آن شخصی، در برابر طلبکار و با موافقت او، دین دیگری را به عهده می‌گیرد و انتقال آن را به ذمهٔ خویش می‌پذیرد**». قید «در برابر طلبکار» برای احتراز از صورتی است که عقد بین مدیون اصلی و ضامن واقع شود و طلبکار نیز با انتقال دین موافقت کند. عقد ضمان بین ضامن و طلبکار واقع می‌شود و ارادهٔ طلبکار یکی از ارکان آن است. «نقل ذمه» نیز برای این است که ماهیت عمل حقوقی انجام شده و اثر عقد در برائت ذمهٔ مدیون معلوم شود.

۱۰۵. اوصاف عقد:

از آنچه دربارهٔ تعریف «عقد ضمان» گفته شد، چنین بر می‌آید که:

۱. ضمان عقد رضایی است و توافق ضامن و طلبکار باعث انتقال مستقیم دین به ذمهٔ ضامن می‌شود؛

۲. ضمان عقدی است معوض و تعهد ضامن و سقوط طلب مضمون‌له از ضامن در برابر یکدیگر با هم انجام می‌شود؛

۳. عقد ضمان، یا بهتر بگوئیم «تعهد ضامن»، تبعی است و مبنای آن دین مضمون‌عنه به طلبکار است؛

۴. ضمان از عقود مبنی بر مسامحه است نه معامله؛

۵. ضمان عقدی است لازم.

۱۰۶. ضمان عقد رضایی و سبب انتقال دین است :

عقد ضمان در نتیجهٔ تراضی بین ضامن و طلبکار واقع می‌شود و، بدون این که نیاز به تشریفات دیگر داشته باشد، باعث نقل ذمهٔ مدیون به ذمهٔ ضامن می‌گردد. در حقوق پاره‌ای از کشورها، مانند فرانسه، برای اراده و تراضی توانایی انتقال جنبهٔ منفی تعهد را قائل نیستند و ناچار این جابه‌جایی را به وسیلهٔ «تبدیل تعهد» انجام می‌دهند. ولی، در قانون مدنی، با تغییر شیوه و شرایط انتقال دین، اثر تراضی (متعهد جدید و طلبکار) در اجرای آن پذیرفته شده است. در واقع، حقوق ما برای «تعهد»، قطع نظر از شخصیت دو طرف آن، اصالت و وجود قائل شده است و آن را با «تراضی» قابل انتقال می‌داند.

۱۰۷. ضمان عقدی معوض است :

چنان که در تحلیل اثر ضمان گفته شد، از این که طلبکار در برابر ضامن تعهد به امری نمی‌کند، نباید چنین نتیجه گرفت که ضمان عقدی رایگان است: ضامن به رایگان در برابر طلبکار متعهد به تأدیهٔ دین می‌شود و در مقابل آن هیچ نمی‌گیرد. آنچه در این عقد

در برابر تعهد ضامن قرار می‌گیرد به سود مدیون اصلی است که برائت می‌یابد. در عقد معوض، ضرورتی ندارد که عوض عاید کسی شود که معوض را می‌دهد، چنان که در بیمهٔ عمر، نتیجهٔ تعهد بیمه‌گر به شخص دیگری می‌رسد و هیچ‌کس نیز آن را عقد مجانی نمی‌داند. بنابراین، نباید چنین پنداشت که در ضمان تعهد تنها به سود طلبکار ایجاد می‌شود و اهلیت او تابع حالتی است که شخص «تملک بدون عوض» می‌کند (مواد ۱۲۱۲ و ۱۲۱۴ ق.م.).

در موردی هم که ذمهٔ ضامن وثیقهٔ دین قرار می‌گیرد، چون هدف ضامن این نیست که از طلبکار دستگیری کند و کاری رایگان به سود او انجام دهد، نباید عقد را، به اعتبار رابطهٔ آن دو، مجانی دانست.

۱۰۸. ضمان عقد تبعی است :

ضمان عقد تبعی است. ولی، نه به این عنوان که شرایط و آثار آن تابع عقد دیگری باشد، از این نظر که تعهد ضامن از حیث نفوذ و بقاء تابع دینی است که مضمون‌عنه به طلبکار داشته است. از تبعی بودن ضمان نتایج مهمی به دست می‌آید که از جملهٔ آنها است:

۱. ضمان در صورتی درست است که دین مبنای آن موجود و مشروع باشد: دین زمانی موجود است که بر ذمهٔ مدیون قرار گرفته باشد، هر چند که احتمال زوال آن برود و، برای مثال، پس از وقوع بیع، پرداخت ثمن به عهدهٔ خریدار است و اختیار فسخ معامله، با این که وجود دین را متزلزل می‌کند، مانع از ثبوت دین و تحقق ضمان نیست. همچنین است دین شوهر نسبت به تأدیهٔ مهر و پیش از نزدیکی. اگر چنین نکاحی به طلاق انجامد، شوهر تعهدی نسبت به بیش از نصف مهر ندارد و دین نیم دیگر از بین می‌رود، و هرگاه به فسخ منتهی شود، شوهر تکلیفی در دادن مهر ندارد. با وجود این، چون در زمان تحقق ضمان دین موجود است و هیچ‌یک از اسباب انحلال آن ایجاد نشده، انتقال دین به درستی انجام می‌پذیرد (مادهٔ ۶۹۶ ق.م.).

قانون مدنی، دربارهٔ شرط «وجود دین» سختگیری پاره‌ای از فقیهان را روا نمی‌دارد و

دینی را که سبب آن ایجاد شده است در حکم موجود می‌داند، هرچند که شرایط ثبوت آن بر ذمهٔ مدیون فراهم نیامده باشد. مادهٔ ۶۹۱ در بیان این حکم مقرر می‌دارد: «**ضمان دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده است باطل است**». پس، می‌توان از دینی که سبب قانونی یا قراردادی آن ایجاد شده است ولی هنوز به دلیل فراهم نیامدن شرایط ثبوت در ذمه قابل مطالبه نیست، ضمانت کرد: مانند دین شوهر نسبت به نفقهٔ آیندهٔ زن، که پس از نکاح ایجاد می‌شود، ولی ثبوت آن بر ذمهٔ شوهر منوط به تمکین است، یا دین جاعل به پرداختن پاداش مورد تعهد پیش از انجام کار موضوع قرارداد... و مانند اینها.

باید افزود که تمیز سبب دین از شرایط ثبوت و مطالبهٔ آن کاری است دشوار و به تحلیل و ارزیابی همهٔ عوامل گوناگونی که در ایجاد دین مؤثر است بستگی دارد. بحث تفصیلی در این باب را به مبحث مربوط به «موضوع ضمان» وا می‌گذاریم، ولی به اجمال یادآور می‌شویم که، به دلیل لزوم وجود دین هنگام ضمان، از دین آینده و نامشروع نمی‌توان ضمانت کرد.

۲. در صورتی که بطلان دین اصلی به دلیلی اثبات شود، ضمان نیز باطل است. ولی، هرگاه قراردادی که مبنای آن دین بوده است فسخ شود، ضمان باطل نیست، چون فسخ ناظر به آینده است و هنگام ضمان دین بر ذمهٔ مضمون‌عنه بوده است. لیکن، به نظر می‌رسد که در اثر حادثهٔ فسخ ضامن بری شود. زیرا بازگشت تعهدها به جای خود، و در نتیجه، از بین رفتن دین مضمون عنه و سقوط طلب مضمون‌له، به منزلهٔ پرداخت دین از جانب مضمون‌عنه (ثالث) است و ضامن را بری می‌کند (مادهٔ ۷۱۷ ق.م.). به بیان دیگر، پس از فسخ عقد، مضمون‌له دیگرطلبی ندارد تا از ضامن بگیرد و مبنای ضمان از بین می‌رود[۱].

۱۰۹. ضمان از عقود مسامحه است :

عقد ضمان به منظور سودجویی و معامله تشریع نشده است؛ هدف اصلی آن ارفاق

۱. دکتر سید حسن امامی، ج ۲، ص ۲۷۱ ـ مادهٔ ۶۷۱ مجلة‌الاحکام : کاشف‌الغطاء، تحریرالمجلة، ج ۲، ص ۲۶۸.

به مدیون و گره‌گشایی از کار او است. در این نظام، ضامن نیز در زمرهٔ نیکوکاران است و قانونگذار سختگیری بر او روا نمی‌دارد.

این وصف ضمان تنها چهرهٔ اخلاقی ندارد و از نظر حقوقی هم در احکام آن اثر دارد: چنان که قانونگذار در مادهٔ ۶۹۴ می‌گوید: **«علم ضامن به مقدار و اوصاف و شرایط دینی که ضمانت آن را می‌نماید شرط نیست...»**. همچنین، مادهٔ ۶۹۵ علم به شخصیت مضمون‌عنه را نیز از شرایط صحت آن نمی‌داند. بنابراین، ممکن است شخصی از درمانده‌ای ناشناس ضمانت کند، بدون این که بداند چه میزان بدهکار است و طلبکار چه شخصیتی دارد.

با وجود این، چون ضمان تعهد است و موضوع تعهد حقوقی و اطراف آن باید معین شود، موضوع دین و طلبکار آن نباید به کلی مجهول یا مردّد باشد؛ اگر علم تفصیلی به آنها ضرورت ندارد، دست کم بایستی قابل تعیین باشند. به همین جهت است که در پایان مادهٔ ۶۹۴ افزوده شده است: **«... لیکن ضمانت از چند دین به نحو تردید باطل است»** و قید **«معرفت تفصیلی»** در مادهٔ ۶۹۵ نشان می‌دهد که ضامن باید **«معرفت اجمالی»** به مضمون‌له و مضمون‌عنه داشته باشد.

۱۱۰. ضمان عقدی لازم است:

به موجب مادهٔ ۷۰۱ قانون مدنی: «ضمان عقدی است لازم و ضامن یا مضمون‌له نمی‌توانند آن را فسخ کنند...». در عقود لازم انواع خیارات و از جمله خیار شرط نیز وجود دارد. ولی، در انتهای مادهٔ ۷۰۱ تنها در سه مورد، به عنوان استثناء و با قید «مگر»، حق فسخ به طرفین داده شده است: ۱) اعسار ضامن (به شرح مادهٔ ۶۹۰) ۲) حق فسخ نسبت به دین مضمون‌به ۳) تخلف از مقررات عقد.

وجود پاره‌ای از سایر خیارها نیز، مانند غبن و تبعض صفقه، در ضمان منتفی است و با طبع آن سازگاری ندارد. پس، تنها پرسش مهمی که باقی می‌ماند این است که آیا لحن مادهٔ ۷۰۱ ق.م. این مفهوم را می‌رساند که شرط خیار در عقد ضمان امکان ندارد؟

در فقه امامیه نسبت به امکان شرط خیار در ضمان اختلاف است: بعضی ضمان

خیاری را، به دلیل متزلزل شدن وثیقه و انتقال دین، درست نمی‌دانند و گروه بزرگی آن را مجاز می‌شمرند. بدین ترتیب، با این که از نظر عقدی و تاریخی امکان شرط خیار در ضمان قوی‌تر است و نویسندگان قانون مدنی نیز در حواله (که از اقسام ضمان است) آن را مجاز می‌شمرند، عبارت مادهٔ ۷۰۱ چنان تنظیم یافته است که به دشواری می‌توان پذیرفت که به استناد خیار شرط می‌توان عقد ضمان را فسخ کرد. ولی، آنچه به نظر می‌رسد این است که وجود شرط خیار به درستی عقد صدمه نمی‌زند، زیرا بطلان چنین ضمانی نیاز به تصریح قانونگذار دارد و از مادهٔ ۷۰۱ نیز چنین حکمی بر نمی‌آید.

فصل اول

انعقاد ضمان

۱۱۱. تقسیم مطالب:

ضمان عقد است و شرایط اساسی عقود دیگر باید در آن جمع باشد (مادهٔ ۱۹۰ ق.م.). گاه نیز قانونگذار شرایط ویژه‌ای را در آن لازم دانسته است، مانند منجز بودن عقد، که در سایر قراردادها ضرورت ندارد. این فصل، به این گونه شرایط خاص و چهره‌ای که شرایط متعارف نفوذ قراردادها در این عقد دارد می‌پردازد، و در دو مبحث جداگانه مورد مطالعه قرار می‌گیرد:

۱. تراضی و اهلیت.

۲. موضوع ضمان.

بررسی این دو مبحث، ساختار اصلی عقد ضمان را روشن می‌کند و زمینهٔ طرح آثار این عقد را مهیا می‌سازد. زیرا، ضمان که در جامعه‌های کشاورزی و قبیله‌ای چهرهٔ احسان و کمک به مدیون را داشته است، در تجارت امروز نوعی وثیقهٔ شخصی است و شناخت اثر این تحول اجتماعی در نظام حقوقی از مهم‌ترین مسائل تفسیری در این نهاد است.

مبحث اول: تراضی و اهلیت

۱۱۲. لزوم تراضی:

ضمان عقدی است که میان تراضی و طلبکار (مضمون‌له) واقع می‌شود: ضامن تعهد پرداخت دین را می‌کند و مضمون‌له به سقوط طلب خود از مدیون رضایت می‌دهد و در نتیجهٔ این تراضی دین از عهدهٔ مدیون خارج و به ذمهٔ ضامن منتقل می‌شود. در فقه، نسبت به لزوم قبول مضمون‌له و عقد بودن ضمان تردیدهایی شده است[1]. ولی قانون مدنی به گونه‌ای قاطع قبول مضمون‌له را شرط صحت ضمان می‌داند و در مادهٔ ۶۸۹ مقرر می‌دارد: «**هرگاه چند نفر ضامن شخص شوند، ضمانت هر کدام که مضمون‌له قبول کند صحیح است**».

برعکس، رضای مضمون‌عنه اثری در عقد ندارد: ضمان مبتنی بر انتقال دین است و بدین وسیله ضامن به عهده می‌گیرد که دین بدهکار را بپردازد. پرداخت دین از جانب دیگری، حتی بدون اذن بدهکار نیز، امکان دارد. پس، ضامن می‌تواند بدون دخالت بدهکار تعهد به پرداخت دین او کند (مادهٔ ۶۸۵ ق.م.). منتها، اگر ضمان به اذن مدیون انجام گیرد، ضامن می‌تواند پس از تأدیه به او رجوع کند و، در صورتی که مأذون نباشد، حق رجوع به مدیون را ندارد.

۱. علامهٔ حلی، قواعد، کتاب ضمان ـ فخرالمحققین، ایضاح، ج ۲، ص ۸۴ ـ مقدس اردبیلی، شرح ارشاد (که علم به رضای باطنی مضمون‌له را کافی می‌داند) ـ سید محمد کاظم یزدی، عروة‌الوثقی، ج ۲، ص ۳۱۷ ـ همچنین از شیخ طوسی منقول است که رضایت مضمون‌له را شرط نمی‌داند (فاضل مقداد، کنزالعرفان، ج ۲، ص ۶۶).

۱۱۳. شکل تراضی :

گفته شد که ضمان از عقود رضایی است و انعقاد آن هیچگونه تشریفات یا شرط خاصی ندارد. بنابراین، ضامن می‌تواند به طور صریح و باگفتن «ضامنم» یا وسیلهٔ عرفی دیگر دین را به عهده بگیرد؛ چنان که در روابط تجارتی، امضای برات و سفته و چک، به تنهایی در حکم ضمانت است. این ضمانت همیشه جنبهٔ تضامنی دارد، ولی ضامن فقط باکسی مسؤولیت تضامنی داردکه از او ضمانت کرده است (مادهٔ ۲۴۹ ق.ت.).

همچنین، قبول مضمون‌له نیز ممکن است ضمنی باشد و با فاصلهٔ طولانی انجام شود، چنان که ضمانت از صادرکنندهٔ برات در واقع به سود دارندهٔ برات است، که احتمال دارد چندین بار تغییر کند و مدتها بعد مورد مطالبه قرارگیرد.

۱۱۴. لزوم منجز بودن ضمان :

تعلیق ناظر به کیفیت انشاء و اثر تراضی است، پس به این اعتبار می‌توان تنجیز را از شرایط صحت عقد ضمان آورد. مادهٔ ۶۹۹ تعلیق در ضمان را موجب بطلان عقد می‌داند، یعنی طرفین نمی‌توانند انتقال دین از ذمهٔ مدیون را منوط به تحقق شرایطی، از جمله رجوع طلبکار به او، کنند (مثل این که ضامن قید کند که اگر مدیون نداد من ضامنم). ولی ضامن می‌تواند به طور منجز عهده‌دار پرداخت دین شود و «التزام به تأدیهٔ» دین انتقال یافته را معلق به شرایطی سازد (انتهای همان ماده).

قانونگذار در مادهٔ ۶۹۹ بین «دین» و «التزام به تأدیهٔ دین» تفاوت نهاده و مقرر داشته است که ایجاد اصل دین برای ضامن باید به طور منجز انجام گیرد و انتقال آن از ذمهٔ مدیون پا در هوا باقی نماند. ولی، ضامن نیز، مانند هر مدیون دیگر، می‌تواند «التزام به تأدیه» را معلق به شرایطی کند.

این تمهید به منظور احترام به عقیدهٔ گروهی از فقهاء است که «نقل ذمه» را مقتضای ذات ضامن و اثر جداناپذیر آن می‌دانند، وگرنه، از نظر رجوع به ضامن تفاوتی بین این دو تعلیق وجود ندارد و، اگر شرط تعلیق رجوع طلبکار به مضمون‌عنه باشد، ضامن در

صورتی طرف دعوا قرار می‌گیرد که طلبکار از وصول دین به وسیلهٔ مضمون‌عنه مأیوس شده باشد.

در مادهٔ ۷۲۳ قانون مدنی نیز حالتی پیش‌بینی شده است که شخصی از مدیون ضمانت نمی‌کند (انتقال دین انجام نمی‌پذیرد) و تنها ملتزم به تأدیهٔ دیون او می‌شود، که در این صورت تعلیق در التزام مانعی ندارد.

۱۱۵. اهلیت ضامن و طلبکار :

مادهٔ ۶۸۶ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «**ضامن برای معامله باید اهلیت داشته باشد**». ولی سخنی از لزوم اهلیت مضمون‌له به میان نمی‌آورد. پس، احتمال دارد چنین ادعا شود که، چون در عقد ضمان تنها ضامن تعهد می‌کند و طلبکار آن را به رایگان می‌پذیرد، سفیه و صغیر ممیز می‌تواند آن را در زمرهٔ تملکات بدون عوض قبول کند. لیکن، این ادعا را باید رد کرد. زیرا، در اثر عقد ضمان، طلب مضمون‌له نیز از بین می‌رود و به ذمهٔ ضامن انتقال می‌یابد. بنابراین، او نیز بدین وسیله در اموال خود تصرف می‌کند و برای این اقدام باید رشید باشد.

با وجود این، هرگاه ضمان بر مبنای وثیقهٔ دین پذیرفته شود یا اثر آن تضامن باشد، می‌توان قبول طلبکار سفیه و صغیر ممیز را برای انعقاد ضمان کافی دانست. زیرا، قبول رایگان تعهد ضامن در حکم تملک بدون عوض است (مواد ۱۲۱۲ و ۱۲۱۴ ق.م.)؛ هیچ تعهدی برای آنان به وجود نمی‌آورد و تنها باعث ایجاد وثیقه برای طلب است که به سود طلبکار تمام می‌شود.

مضمون‌عنه در قرارداد ضمان دخالت ندارد، و اهلیت او نیز از شرایط درستی عقد نیست. حتی می‌توان از مرده، به اعتبار مدیون ماندن او، ضمانت کرد. چنان‌که مادهٔ ۶۸۷ قانون مدنی در این باره اعلام می‌کند: «ضامن شدن از محجور و میت صحیح است».

۱۱۶. اثر اعسار ضامن :

بی‌گمان، اعسار را نباید از موارد حجر شمرد و درماندگی مالی، جز در مورد

ورشکستگی تاجر، از صلاحیت اشخاص دربارهٔ تصرفات مالی آنان نمی‌کاهد. ولی، از آنجا که هدف از ضامن دادن معرفی کسی است که بتواند دین را بپردازد، در هر مورد که شخصی ملتزم به دادن ضامن شده است، یا با معرفی ضامن می‌خواهد مال بازداشت شده را آزاد کند، باید ضامنی بدهد که اعتبار کافی برای پرداخت دین داشته باشد.

مادهٔ ۶۹۰ قانون مدنی در بیان همین احکام مقرر می‌دارد: «**در ضمان شرط نیست که ضامن مالدار باشد، لیکن اگر مضمون‌له در وقت ضمان به عدم تمکن ضامن جاهل بوده باشد می‌تواند عقد ضمان را فسخ کند. ولی اگر ضامن بعد از عقد غیرملی شود مضمون‌له خیاری نخواهد داشت**». دلیل این که، تنها در صورت جهل به اعسار ضامن، طلبکار می‌تواند عقد را فسخ کند این است که فقط در این حالت می‌توان بنای دو طرف و شرط ضمنی در عقد را مالدار بودن ضامن تعبیر کرد، وگرنه، در فرضی که مضمون‌له به اعسار ضامن آگاه است و تعهد او را می‌پذیرد، تصور این شرط امکان ندارد.

۱۱۷. اثر ورشکستگی ضامن:

در فقه امامیه، مفلس بودن ضامن را مانع درستی عقد نمی‌دانند و ضمانت را مانند وام گرفتن مباح می‌شمارند ولی مضمون‌له را داخل در غرما نمی‌آورند و در توجیه خود می‌گویند، تفلیس باعث محجور شدن بدهکار از تصرف در اموال است نه ذمهٔ خود و وام گرفتن زیانی به طلبکاران نمی‌رساند و مانند تصرف راهن در سایر اموال خویش است[۱].

این نظر را در مورد ورشکستگی ضامن نیز می‌توان اجرا کرد.[۲] زیرا، تاجر ورشکسته بعد از صدور حکم توقف از تصرف در اموال خویش ممنوع می‌شود و هر حقی که مؤثر در تأدیهٔ دیون او باشد به هیأت طلبکاران تعلق می‌یابد، ولی، دلیل قاطعی که تمام قراردادهای او را در زمان ورشکستگی باطل کند وجود ندارد. زیرا، مادهٔ ۵۵۷ قانون تجارت، که کلیهٔ قراردادهای تاجر را پس از تاریخ توقف باطل اعلام می‌کند، با مفاد مادهٔ ۴۲۳ همان قانون که معامله‌های ویژه‌ای را

۱. در موارد مشابه نیز این بحث وجود دارد و از همین راه حل پیروی شده است: رجوع شود به، همین کتاب، ج ۱، ش ۱۱۹.

۲. علامهٔ حلی، تذکره، ج ۲، ص ۸۶ : قواعد، کتاب ضمان ـ سید محمد جواد عاملی، مفتاح‌الکرامه، ج ۵۰۵، ص ۳۶۱ ـ محقق ثانی، جامع‌المقاص، ج ۱، ص ۳۱۴ ـ سید محمد کاظم یزدی، عروةالوثقی، ج ۲، ص ۳۱۸، و از فقیهان عامه، ابن قدامه، المغنی، ج ۴، ص ۴۰۵.

باطل می‌داند تعارض دارد. مادهٔ ۴۲۳ با اصول حقوقی سازگارتر به نظر می‌رسد، زیرا، ورشکستگی از موارد حجر عام بدهکار نیست و تنها در کارهایی ایجاد ممنوعیت می‌کند که مؤثر در تأدیهٔ دیون بدهکار باشد و به وثیقهٔ آنان صدمه بزند. پس، در رفع این تعارض، ناچار باید مادهٔ ۵۵۷ را ناظر به معاملات ورشکستهٔ به تقصیر و تقلب کرد که در همهٔ آنان فرض تقلب و اضرار به طلبکاران وجود دارد. عنوان مادهٔ ۵۵۷ نیز (باب دوازدهم، ورشکستگی به تقصیر و ورشکستگی به تقلب) این تعبیر را تأیید می‌کند.

از سوی دیگر، ضامن شدن ورشکسته، نه مالی از دارایی او را منتقل می‌سازد یا مقید می‌کند نه از اعتبار ورشکسته می‌کاهد. پس، اقدام او مشمول مواد ۴۱۸ و ۴۲۳ قانون تجارت نمی‌شود. منع تاجر ورشکسته نیز برخلاف اصل است و باید آن را محدود به اعمالی کرد که به زیان طلبکاران تمام می‌شود. در نتیجه، ضامن شدن و وام گرفتن و خرید به اعتبار را باید در زمرهٔ اعمال مباح آورد.

منتها، تاجر ورشکسته نمی‌تواند دیون ناشی از این معاملات را تا پایان کار ورشکستگی بپردازد (بند ۲ مادهٔ ۴۲۳). طلبکار این گونه قراردادها نیز نباید در شمار سایر طلبکاران قرار گیرند و از سهم آنان بکاهد[1]. مضمون‌له، اگر از ورشکستگی ضامن آگاه نباشد، حق دارد ضمان را فسخ و به مضمون‌عنه رجوع کند. ولی، در درستی و نفوذ ضمان نباید تردید کرد (مادهٔ ۶۹۰ ق.م.).

۱۱۸. ورشکستگی مضمون‌له:

ورشکستگی مضمون‌له مانع از انعقاد ضمان و نفوذ ارادهٔ او است. درست است که طلبکار تعهدی در عقد ضمان به عهده نمی‌گیرد ولی معنی «نقل ذمه» این است که طلب او از مضمون‌عنه ساقط شود و ضامن به جای مدیون قرار گیرد. و این امر تصرف در دارایی و تغییر در میزان و کیفیت وثیقهٔ طلبکاران است.

با وجود این، اگر ضمان به عنوان وثیقهٔ شخصی دین واقع شود، ورشکستگی مضمون‌له مانعی در راه انعقاد آن ایجاد نمی‌کند، زیرا تحصیل وثیقه برای طلب به سود طلبکاران است و زیانی به مجموعهٔ دارای بدهکار نمی‌زند.

۱. ریپر، رسالهٔ مقدماتی حقوق تجارت فرانسه، چاپ ششم به وسیلهٔ روبلو (Roblot)، ج ۲، ش ۲۹۴۶ و ۳۰۲۶.

مبحث دوم: موضوع ضمان

۱۱۹. وجود و اوصاف دین:

چنان که گفته شد، ضمان تعهد تبعی است، یعنی ضامن دینی را که مضمون‌عنه داشته است بر عهده می‌گیرد. بنابراین، شرط درستی و نفوذ ضمان این است که دین اصلی موجود و مشروع باشد. به‌اضافه، اگر قبول شود که اثر عقد ضمان انتقال ذمهٔ مدیون به ذمهٔ ضامن است، دینی می‌تواند موضوع ضمان قرار گیرد که قابل انتقال باشد، مالیّت داشته باشد، و به اجمال معلوم و معین باشد. پس، مبحث دوم را ضمن دو گفتار جداگانه مطالعه می‌کنیم: گفتار نخست به «وجود دین» و گفتار دوم به اوصاف آن اختصاص دارد.

گفتار نخست: وجود دین

۱۲۰. کدام دین موجود است ؟

دین کامل تعهدی است که بر ذمهٔ مدیون به وجود آمده و قابل مطالبه باشد، هرچند که قابل فسخ یا مؤجل به شمار آید. پس، اگر خریدار مالی بابت ثمن به فروشنده بدهکار باشد، این دین را ضامن می‌تواند به عهده گیرد. وجود خیار فسخ برای خریدار یا فروشنده، دین خریدار را متزلزل می‌کند ولی با وجود آن منافات ندارد. موجودی است که امکان از بین رفتن آن می‌رود و استقرار ندارد؛ چنان که مادهٔ ۶۹۶ قانون مدنی در این باره می‌گوید: **«هر دینی را ممکن است ضمانت نمود، اگرچه شرط فسخی در آن موجود باشد».**

همچنین، مؤجل بودن دین خریدار در وجود آن ایجاد تردید نمی‌کند. زیرا، دین مؤجل دینی است موجود و قابل مطالبه، جز این که امکان استیفای از آن مدت دارد و بایستی مدتی به تأخیر افتد (مواد ۶۹۲ و ۷۰۵ ق.م.).

آنچه مسلم است این که دین آینده را نمی‌توان ضمانت کرد. برای مثال، کسی نمی‌تواند به فروشنده‌ای بگوید، هرچه خریدار مایل بود به او بفروش و من ضامن پرداخت بهای آن هستم. چنین ضمانی را فقها «ضمان مالم یجب» می‌نامند و در بطلان آن تردید ندارند[1].

در اثبات لزوم این شرط می‌توان گفت، ضمان تعهد تبعی است و سبب می‌شود که دین به ذمهٔ ضامن منتقل شود یا ذمهٔ ضامن وثیقهٔ آن قرار گیرد. پس، چگونه ممکن است دینی که به وجود نیامده منتقل گردد یا وثیقه برای آن داده شود؟ ولی، این استدلال قاطع به نظر نمی‌رسد. زیرا، از نظر عقلی اشکالی ندارد که تعهد ضامن برای بعد از ثبوت دین و معلق به آن باشد. بیگمان، دین ضامن پیش از ایجاد دین اصلی تحقق نمی‌یابد، ولی اثر آن التزامی است که برای او به وجود می‌آید و پیش از تحقق دین اصلی نمی‌تواند وعده‌ای را که داده است بر هم زند[2].

۱۲۱. التزام به تأدیهٔ دین آینده :

با این که به موجب قانون مدنی ضمان از دین آینده و پیش از ایجاد اسباب آن باطل است (مادهٔ ۶۹۱ ق.م.)، به نظر می‌رسد که التزام به پرداخت دین احتمالی آینده، به گونه‌ای که ایجاد التزام معلق به تحقق دین اصلی باشد، از نظر حقوقی درست است. زیرا، اگر پذیرفته شود که تعلیق در این التزام مانعی ندارد، چه تفاوت می‌کند که شرط تعلیق «عدم تأدیهٔ» مدیون باشد یا تحقق دین؟ به ویژه، که در این صورت، تعلیق به یکی

۱. علامهٔ حلی، تذکره، ج ۲، ص ۸۸ ـ شیخ محمد حسن نجفی، جواهرالکلام، ج ۲۶، ص ۱۳۵ به بعد ـ شهید ثانی، شرح لمعه، ج ۴، ص ۱۲۲ و ۱۲۳ ـ سید محمد کاظم یزدی، عروةالوثقی، ج ۲، ص ۳۱۹ ـ محمد جواد عاملی، مفتاح‌الکرامة، ج ۵، ص ۳۶۷.

۲. ابن قدامه، همان کتاب ـ در حقوق فرانسه: پلنیول و ریپر، ج ۱۱ به وسیلهٔ ساواتیه، ش ۱۵۱۶ ـ کولن و کاپیتان، ج ۲، ش ۱۳۹۳ ـ ریپر و بونژه، ج ۲، ش ۱۸۷۵.

از شرایط صحت التزام است و ملتزم برای زمان تحقق دین پرداخت آن را به عهده می‌گیرد.

تفاوت التزام یاد شده با ضمان در این است که هیچ انتقال دینی در آن صورت نمی‌پذیرد؛ دین بر ذمهٔ مدیون اصلی ایجاد می‌شود و تعهد ناظر به تأدیهٔ آن دین و تأمینی است که به طلبکار احتمالی داده می‌شود. پس، اگر شخصی به عنوان حسابدار در مؤسسه‌ای استخدام شود و دیگری ضامن او گردد که، اگر در محاسبات کسر آورد، او جبران خسارت کند، این التزام ضمان نیست و به این عنوان اعتبار ندارد. ولی، بر مبنای مادهٔ ۱۰ قانون مدنی می‌توان آن را نافذ شناخت.

همچنین، در موردی که شخصی ضامن حسن اجرای قراردادی می‌شود تا اگر خسارتی از عدم اجرای آن به بار آمد از عهده برآید، نباید ملتزم را ضامن طرف قرارداد پنداشت و رابطهٔ او و طلبکار را بر مبنای قواعد ضمان بررسی کرد. زیرا، دینی را که از او بر عهده گرفته است در زمان عقد وجود نداشته و سبب دین نیز تنها عقد نیست؛ مجموعی از عقد و تقصیر طرف متخلف است.

۱۲۲. ضمان از دین معلق :

در ضمان از دین معلق، انتقال دین به طور منجز انجام می‌شود و در ضمانت تعلیق راه ندارد، منتها دین مورد انتقال از اصل معلق است.

برای مثال، اگر در قراردادی التزام مدیون به دادن مبلغی پول معلق به انجام دادن شرطی (پایان کار یا وقوع حادث) شود و کسی از این مدیون به طور منجز ضمانت کند، این ضمان را «ضمان از دین معلق» می‌نامند و درمتنی همین قرارداد اکنون مورد گفتگو است.

در انتقال دین معلق به ذمهٔ ضامن هیچ اشکالی تصور نمی‌شود، زیرا فرض این است که دین با همان اوصاف خود انتقال می‌یابد و از این نظر چه تفاوت می‌کند که معلق باشد یا منجز. ولی، آنچه ممکن است مورد گفتگو قرار گیرد وجود دین معلق است، بدین معنی که آیا پیش از تحقق شرط می‌توان دین را موجود دانست یا در این مرحله هنوز هیچ

رابطهٔ دینی به وجود نیامده است؟

در پاسخ این پرسش، باید گفت در مرحلهٔ میان عقد و تحقق شرط بیگمان رابطهٔ حقوقی بین بدهکار و طلبکار به وجود آمده است که هر دو باید مفاد آن را محترم دارند و رعایت کنند، ولی این رابطه را نمی‌توان با «دین» اشتباه کرد. دین، پس از تحقق شرط به وجود می‌آید و این حالت از مصداق‌های بارز دینی است که سبب آن ایجاد شده و هنوز ثابت در ذمه نگردیده است (مادهٔ ۶۹۱ ق.م.). بنابراین، در نفوذ ضمان از دیون معلق نباید تردید کرد و، بر این مبنا، ثالثی می‌تواند از بیمه‌گر ضمانت کند که در صورت وقوع خطر تعهد او را بجا آورد، یا از جاعل ضمانت کند که، در صورت انجام کار مورد جعاله، پاداش مورد تعهد را بدهد یا از غاصب ضمانت کند که، در صورت تلف مال مورد غصب، قیمت یا مثل آن را به مالک بدهد... و مانند اینها.

۱۲۳. ضمان دینی که سبب آن ایجاد شده است :

به حکم مادهٔ ۶۹۱ قانون مدنی: «ضمان دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده باطل است» و مفهوم مخالف ماده این است که «ضمان از دینی که سبب آن ایجاد شده درست است». در نوشته‌های پاره‌ای از دادرسان و مؤلفان واژهٔ «سبب» به معنی فلسفی آن مورد توجه قرار گرفته است، بدین تعبیر که، چون سبب همیشه با مسبب همراه است، پس دینی که سبب آن ایجاد شده خود نیز باید موجود باشد. بدین ترتیب، دینی را که سبب آن ایجاد شده با دین ثابت در ذمه مرادف دانسته‌اند.

ولی، باید دانست که «سبب» در این مقام به معنی «مقتضی» است، یعنی امری که احتمال دارد، به دلیل ایجاد موانع، هیچ‌گاه به اثر مطلوب منتهی نشود. اگر منظور قانونگذار در مادهٔ ۶۹۱ اشاره به دین موجود و ثابت در ذمه بود، نیازی احساس نمی‌شد که به «سبب دین» تکیه شود. به اضافه، پیشینهٔ تاریخی این بحث در فقه امامیه بخوبی نشان می‌دهد که قانونگذار خواسته است که به مفهوم «ضمان» وسعت بیشتری دهد و نظری را که به موجب آن «دین باید ثابت در ذمه باشد» تعدیل کند[1].

۱. برای مطالعهٔ بیشتر و تفاوت میان شرط وجود دین و سبب آن، رک. عقود معین، ج ۴، ش ۱۲۳.

۱۲۴. نتیجه :

از آنچه دربارهٔ معیار شناسایی دین موجود گفته شد، چنین نتیجه می‌شود که قوانین و نویسندگان حقوقی، با این که از لحاظ نظری وجود دین مضمون‌عنه را پیش از ضمان لازم می‌بینند، تمایل دارند که ضمان از «دین آینده» را نیز در صورتی که زمینهٔ ایجاد آن فراهم شده باشد، نافذ بشناسد. موجود انگاشتن دینی که سبب آن ایجاد شده است مهم‌ترین وسیلهٔ فنی تحقق بخشیدن به این هدف است، زیرا با رها کردن مفهوم فلسفی «سبب» و گسترش دادن مفهوم حقوقی آن بخوبی می‌توان به نافذ شناختن ضمان‌هایی که از دیرباز مورد نیاز مردم بوده است کمک کرد و از خشکی نظر حقوقدانانی که می‌پنداشتند در عالم اعتبار نیز تنها دین موجود و ثابت قابلیت انتقال را دارد کاست.

جدا ساختن مفهوم «التزام به تأدیهٔ دین دیگری» از ضمان نیز وسیلهٔ مؤثری است تا بتوان تعهدهای آینده را زیر عنوان التزام و تضمین آنها به عهده گرفت و تحلیل ضمان از دین معلق آخرین اقدامی است که در راه توسعهٔ قلمرو ضمان انجام می‌گیرد. بررسی این تلاش‌های فکری نشان می‌دهد که چگونه نیازها نظریه‌ها را به دنبال خود می‌کشد و زندگی تجربی حقوق بر زندگی منطقی آن چیره می‌شود.

آنچه در این بحث به عنوان معیار شناسایی دین موجود ارائه شد، حاصل تحلیل مصداق‌های مورد گفتگو است و زمانی می‌توان به درستی نظریه اطمینان کرد که دوباره آنچه استنباط شده به تجربه درآید و برای حل مسائل مورد گفتگو به کار رود.

۱۲۵. ضمان از مال جعاله :

جعاله عقدی است جایز و جاعل می‌تواند پیش از انجام دادن کار مورد نظر عقد را فسخ کند و خود را از تعهدی که بر ذمه دارد برهاند (مادهٔ ۵۶۵ ق.م.). تعهدی که عامل بر دوش دارد تعهد به نتیجه است و به همین جهت نیز تا زمانی که به نتیجهٔ مطلوب نرسد حقی بر مال جعاله (جُعل) ندارد (مادهٔ ۵۶۷ ق.م.).

با این ترتیب، برای اینکه دین جاعل بر ذمهٔ او ثابت شود، دو عامل باید محقق شود:

۱) عقد جعاله بین جاعل و عامل که منشأ تعهد بر دادن پاداش، به فرض انجام کار مطلوب

است؛ ۲) انجام کار.

بنابراین، پس از پایان کار ضمانت از جاعل بی‌تردید درست است. ولی، قبل از انجام دادن آن کار و بعد از عقد، این بحث را مطرح می‌سازد که سبب وجود دین کدامیک از آن دو عامل است؟ عقد جعاله، انجام دادن عمل یا هر دو[1]؟

بیشتر مؤلفان حقوق مدنی نظر نخست را برگزیده‌اند و درستی ضمان از مال جعاله را ترجیح می‌دهند[2]. حق نیز همین است. زیرا، در نتیجهٔ عقد برای جاعل تعهدی به وجود می‌آید که به موجب آن، هرگاه عمل مطلوب انجام داده شود، جاعل مدیون پاداش گردد. ضامن نیز در واقع همین تعهد را به عهده می‌گیرد تا در التزام جانشین جاعل شود. این تعهد، در عین حال که تنها پس از پایان عمل به دین مربوط به تأدیهٔ پاداش منجر می‌شود، خود وجودی مستقل دارد و بر عهدهٔ جاعل قرار گرفته است، پس چرا باید در امکان انتقال آن به ذمهٔ ضامن تردید کرد؟

به اضافه، در مورد دین به پرداخت «جُعل» نیز می‌توان توجیه کرد که دین به طور معلق پس از عقد به وجود می‌آید و تحقق آن منوط به انجام دادن عمل است و گفته شد که ضمان از دین معلق نیز امکان دارد. به بیان دیگر، آنچه دین معلق را به وجود می‌آورد، بی‌گمان سبب دین است، هرچند که مشروط به امور دیگر نیز باشد.

۱۲۶. ضمان از نفقهٔ آیندهٔ زن:

در حقوق ما، معاش خانواده به عهدهٔ شوهر است (مادهٔ ۱۱۰۶ ق.م.). تعهد شوهر به انفاق همچون دین بر عهدهٔ او می‌ماند (مادهٔ ۱۲۰۶)، پس در درستی ضمان نسبت به نفقهٔ گذشته تردیدی وجود ندارد[3]. ولی، در مورد نفقهٔ آینده، این اشکال به ذهن می‌رسد که هرگاه زن از

۱. برای دیدن اختلافهای فقیهان دربارهٔ پاسخ این پرسش‌ها، رک. عقود معین، ج ۴، ش ۱۲۵.

۲. دکتر سید حسن امامی، ج ۲، ص ۲۶۰ ـ دکتر جعفری لنگرودی، عقد ضمان، ش ۱۸۰ ـ دکتر سید حسین صفائی، حقوق مدنی، ج ۲، ص ۴۵۸ ـ مصطفی عدل، ش ۷۴۴ (با تردید) ـ برای دیدن نظر مخالف، رک. به: محمد بروجردی عبده، حقوق مدنی، ص ۳۱۸ به بعد.

۳. نفقهٔ همان روز نیز در حکم نفقهٔ گذشته است، زیرا اگر زن در آغاز روز ناشزه نباشد، نفقهٔ او ثابت بر ذمهٔ زوج است، هرچند که در خلال آن روز نیز نشوز مانع استحقاق زوجه شود (علامهٔ حلی، تحریر، ص ۲۲ـ سید محمد کاظم یزدی، عروةالوثقی، ج ۲، ص ۳۲۹) ـ برای دیدن نظر مخالف رجوع شود به: شیخ یوسف بحرانی، حدائق، ج ۵، ص ۲۹۸.

تمکین امتناع کند، حقی بر نفقه ندارد (مادهٔ ۱۱۰۸).

برای ثبوت دین نفقه بر ذمهٔ شوهر دو عامل لازم است: ۱) رابطهٔ زن و شوهری، که به موجب عقد ایجاد شده است ۲) تمکین زن از شوهر، که باید در آینده صورت پذیرد و فرض اینست که هنگام ضمان تحقق نیافته است. بنابراین، این پرسش مطرح می‌شود که کدامیک از این دو عامل سبب دین است؟ آیا تمکین شرط استحقاق زن است یا نشوز مانع از آن یا بایستی تمکین را نیز جزء سبب شمرد؟

نظر مشهور فقهای امامیه بطلان ضمان است[1]. ولی، با مفهومی که نکاح در حقوق کنونی دارد، باید نظر معدودی که ضمان از نفقهٔ آینده را درست دانسته‌اند تأیید کرد. دلایل این ادعا بدین شرح خلاصه می‌شود:

۱. به موجب مادهٔ ۱۱۰۲ قانون مدنی، حقوق و تکالیف زوجین در برابر یکدیگر با نکاح به وجود می‌آید و یکی از این تکالیف تعهد شوهر به دادن نفقه است. زن می‌تواند، برای تعیین مقدار نفقه و الزام شوهر به آن، به دادگاه رجوع کند (مادهٔ ۱۱۱۱ ق.م.). لحن این مواد بخوبی می‌رساند که تعهد به انفاق با عقد به وجود می‌آید و مقتضی آن نکاح است و نشوز مانع از تأثیر مقتضی و ایجاد دین است.

۲. نظر به این که هیچ ارتباط و تناسبی بین تمکین و استحقاق نفقه وجود ندارد و، از سوی دیگر، این ارتباط بین نکاح و نفقه آشکارا به چشم می‌خورد، سبب دین مربوط به نفقه را باید نکاح شمرد و تمکین در زمرهٔ موانع یا شرایط تأثیر سبب است.

۳. تعهد به انفاق در اثر نکاح به وجود می‌آید و همین تعهد است که با تمام اوصاف خود موضوع ضمان قرار می‌گیرد و به ذمهٔ ضامن انتقال می‌یابد.

۱. برای دیدن نظر مخالفان ضمان از نفقه آینده، رجوع شود به: شیخ طوسی، خلاف، ج ۲، ص ۱۳۵ - محقق، شرایع، کتاب ضمان - شهید ثانی، مسالک، ج ۱، ص ۲۵۵ - شیخ محمد حسن نجفی، جواهرالکلام، ج ۲۶، ص ۱۳۹ و ۱۴۰ - علامهٔ حلی، قواعد، کتاب ضمان - و برای دیدن نظر موافقان: سید محمد کاظم یزدی، عروة‌الوثقی، ج ۲، ص ۳۲۹ - کاشف‌الغطاء، تحریر المجلة، ج ۲، ص ۲۴۱ - و در فقه عامه: ابن قدامه، مغنی، ج ۴، ص ۴۰۲.

۱۲۷. ضمان از نفقهٔ اقارب:

هدف از انفاق به خویشان رفع نیازهای مادی آنان است نه افزودن بر اموالشان. به همین جهت، این الزام منوط به احتیاج مستحق است و نفقهٔ زمان گذشته نیز به عنوان دین بر ذمهٔ انفاق کننده باقی نمی‌ماند. بنابراین، ضمان از دین مربوط به نفقهٔ اقارب موردی ندارد. آنچه هست باید نسبت به آینده انجام گیرد، زیرا خویشان مستحق نفقه نیز «**فقط نسبت به آتیه می‌توانند مطالبهٔ نفقه نمایند**» (مادهٔ ۱۲۰۶ ق.م.).

ولی، عاملی که از سوی قانونگذار الزام به انفاق را ایجاب می‌کند تنها رابطهٔ خویشاوندی نیست، مستحق نفقه باید ندار باشد و نتواند با کار کردن رفع نیاز کند (مادهٔ ۱۱۹۷ ق.م.) و کسی ملزم به انفاق می‌شود که توانایی پرداخت آن را داشته باشد (مادهٔ ۱۱۹۸). پس، این اشکال به وجود می‌آید که آیا سبب الزام مجموع این عوامل و شرایط است یا فقط خویشاوندی سبب است و سایر عوامل شرط تأثیر این سبب؟

اکنون باید دید، در صورت جمع آمدن شرایط، آیا از خویشاوند غنی می‌توان برای انفاق به خویش فقیر او در آینده ضمانت کرد؟ به نظر می‌رسد که مانعی در نفوذ این ضمان وجود ندارد؛ موضوع ضمان دینی است قابل مطالبه برای آینده (مادهٔ ۱۲۰۶ ق.م.)، جز این که احتمال دارد دگرگون شدن شرایط مانع از تحقق آن شود و این امکان نیز منافاتی با وجود کنونی سبب دین ندارد.

۱۲۸. ضمان عهده:

هرگاه شخصی مالی را بفروشد و مبیع از آن دیگری درآید، بر او است که ثمن را به خریدار بازگرداند و بر همین مبنا است که می‌گویند: «فروشنده ضامن درک مبیع است» (مواد ۳۹۰ به بعد ق.م.). اکنون، اگر کسی از فروشنده در برابر خریدار ضمانت کند که، هرگاه مبیع از آن دیگری درآید، او عهده‌دار بازگرداندن ثمن به خریدار است، به این اعتبار که ضامن ملتزم به امری شده است که فروشنده بر عهده دارد، عمل حقوقی را «ضمان عهده» می‌نامند و می‌گویند ضامن عهدهٔ بایع نسبت به درک مبیع شده است. و همچنین است ضمان عهدهٔ خریدار نسبت به درک ثمن که

ناظر به بازگرداندن مبیع است.

در واقع، ضمان عهده همان ضمان درک است که بر ذمهٔ ضامن قرار گرفته است: بدین معنی که بایع ضامن درک است و کسی که از او ضمانت می‌کند ضامن عهدهٔ بایع (تدارک ثمن). مادهٔ ۷۰۸ قانون مدنی نیز ضمان درک مبیع را به همین اعتبار به جای «ضمان عهدهٔ بایع» یا «ضمان عهدهٔ ثمن» به کار برده است.

در صورتی که ضمان عهدهٔ بایع بعد از قبض ثمن باشد، در وجود دین و نفوذ عقد تردیدی وجود ندارد. زیرا، اگر مبیع از آن دیگری باشد، چون بایع ثمن را بدون حق گرفته است، باید بازگرداند. ضامن نیز همین تعهد را بر ذمه می‌گیرد. به بیان دیگر، تعهد بایع نسبت به رد ثمن هنگام ضمان وجود دارد، هرچند که نزد طرفین معلوم نباشد. ولی، اگر ضمان پیش از قبض ثمن باشد، این اشکال به نظر می‌رسد که بایع هنوز دینی در رد ثمن نداشته است تا ضمان از آن درست باشد. آیا سبب وجود دین بایع در رد ثمن، عقد بیع است یا قبض؟

گروهی از فقیهان، ضامن عهدهٔ بایع پیش از قبض ثمن را باطل می‌دانند[1] و آنان که درستی ضمان را ترجیح یا احتمال داده‌اند به نیاز مردم به نفوذ این گونه ضمانها استناد می‌کنند، بدین تعبیر که، هرگاه خریدار فروشنده را نشناسد به مالکیت او مطمئن نباشد، این نیاز هست که پیش از تسلیم ثمن با گرفتن ضامن نسبت به امکان استرداد آن اطمینان یابد[2].

قانون مدنی نظر دوم را برگزیده است، زیرا در مادهٔ ۶۹۷ آمده است: «**ضمان عهده از مشتری یا بایع نسبت به درک مبیع یا ثمن در صورت مستحق للغیر در آمدن آن جایز است**» و هیچ قیدی ندارد که ضمان پس از قبض ثمن انجام شود.

در این که آیا ضمان عهده ناظر به موارد بطلان بیع است یا شامل مواردی هم هست که مبیع در اثر فسخ و اقاله از ملکیت خریدار خارج می‌شود، نظر مشهور بین فقهاء این است که ضمان عهده یا درک ناظر به موارد بطلان بیع است نه فسخ آن. قانون مدنی نیز از همین نظر پیروی

۱. علامهٔ حلی، تذکره، ج ۲، ص ۹۰ ـ شهید ثانی، مسالک، ج ۱، ص ۲۵۶ ـ محقق ثانی، جامع‌المقاصد، ج ۱، ص ۳۱۵ ـ شیخ محمد نجفی، جواهرالکلام، ج ۲۶، ص ۱۴۶ و ۱۴۷ ـ شیخ یوسف بحرانی، حدائق (چاپ سنگی)، ج ۵، ص ۲۹۷.

۲. محقق قمی، جامع‌الشتات، ص ۲۳۲ ـ از طرفداران دیگر این نظر: محقق شرایع، کتاب ضمان ـ سید محمد کاظم یزدی، عروةالوثقی، ج ۲، ص ۳۳۰.

می‌کند، زیرا در مادهٔ ۷۰۸ آمده است که: «کسی که ضامن درک مبیع است، در صورت فسخ بیع بسبب اقاله یا خیار از ضمان بری می‌شود». و این برائت حداقل بدین معنی است که «ضمان عهده» شامل موارد اقاله و فسخ نمی‌شود و اگر طرفین مایل به آن باشند باید تصریح کنند.

۱۲۹. ضمان عهدهٔ ارش[۱]:

نافذ شناختن ضمان عهده نسبت به مطالبهٔ «ارش» بسیار ساده‌تر از رد ثمن و فسخ بیع است. زیرا، در اثر عیب، سبب تعهد فروشنده به پرداخت آن ایجاد می‌شود و نیاز به عمل حقوقی دیگر (فسخ بیع) ندارد و فقط کافی است که خریدار بر عیب آگاه شود و آن را اختیار و مطالبه کند. خریدار می‌تواند از حق خود بگذرد و با فسخ بیع تمام ثمن را بخواهد، ولی این اختیار منافاتی با وجود حق او بر «ارش» (به عنوان جزیی از ثمن که در برابر وصف صحت قرار گرفته است یا به عنوان عامل تکمیل مبیع و جبران ضرر از خریدار) ندارد. چنان که بسیاری از فقهاء، که ضمان عهدهٔ بایع در رد ثمن را بر مبنای عیب درست نمی‌دانند، در مورد مطالبهٔ «ارش» نفوذ ضمان را برگزیده‌اند[۲].

نکتهٔ دیگری که باید در مورد «ارش» افزود این است که، چون مادهٔ ۷۰۸ قانون مدنی در مورد بری شدن ضامن در صورت فسخ یا اقاله شامل این مورد نمی‌شود و ارش غرامتی است که بر اثر عیب مبیع بر عهدهٔ فروشنده قرار می‌گیرد، ضمان عهده شامل آن می‌شود هرچند به آن تصریح نکنند.

گفتار دوم: اوصاف دین

۱۳۰. هدف مشترک و جمع این اوصاف:

همهٔ اوصافی را که مؤلفان برای موضوع ضمان شمرده‌اند، می‌توان در این وصف

۱. «اَرش» تفاوت مبیع سالم و معیب است (مادهٔ ۴۲۷ ق.م.) ـ همین دوره از حقوق مدنی، عقود معین، ج ۱، ش ۱۳۳.

۲. محقق، شرایع، کتاب ضمان (با تردید) ـ شیخ محمد حسن نجفی، جواهر، ج ۲۶، ص ۱۴۷ ـ علامهٔ حلی، قواعد، کتاب ضمان؛ ارشاد، همان کتاب ـ مقدس اردبیلی، شرح ارشاد کتاب ضمان ـ محقق ثانی، جامع‌المقاصد، ج ۱، ص ۳۱۷ و ۳۱۸.

جمع کرد که دین مضمون‌عنه باید قابل تأدیه به وسیلهٔ دیگری باشد. زیرا، دینی که به علت ارتباط با شخصیت مدیون یا طبیعت موضوع آن، قابل ایفاء به وسیلهٔ دیگری نباشد، نه به ذمهٔ او انتقال می‌یابد نه ذمهٔ ضامن می‌تواند وثیقهٔ آن به شمار رود. هدف از عقد ضمان این است که دین بر عهدهٔ دیگری قرار گیرد و طلبکار بتواند از ذمهٔ جدید سود برد. پس چگونه می‌توان از ضمان دینی سخن گفت که تنها مدیون توانایی ایفاء آن را دارد؟

بی‌گمان، شخص ثالث می‌تواند سعی در گرفتن حق از مدیون را بر عهده گیرد یا اخذ حق را تضمین کند، ولی ضمیمه شدن این تعهد را به دین نباید ضمان شمرد، هرچند که در فقه پاره‌ای از محققان آن را ضمان شمرده‌اند تا راهی برای نفوذ این قرارداد بیابند. زیرا، بین موضوع این تعهد و دین اصلی یگانگی وجود ندارد و به دشواری می‌توان ادعا کرد که همان دین بر عهدهٔ ضامن نیز قرار گرفته است.

به هر حال، شرط «امکان وفای به عهد به وسیلهٔ دیگری» را باید تحلیل کرد تا آنچه را مانع این وفاء است به درستی تمیز داد.

۱۳۱. موضوع دین باید مال باشد :

شرط مربوط به «مال بودن» دین در مادهٔ ۶۸۴ قانون مدنی بدین بیان آمده است که: **«عقد ضمان عبارت است از اینکه شخصی «مالی» را که بر ذمهٔ دیگری است به عهده بگیرد...»**. بنابراین، از تعهدهای غیرمالی، مانند حضانت و تمکین و سکونت مشترک با همسر، نمی‌توان ضمانت کرد. این تکالیف چنان وابسته به شخص و روابط انسانی دو سوی آنها است که شخص دیگری به جای مدیون نمی‌تواند آن را بجا آورد؛ قابل مبادله و تقویم با پول هم نیست تا با فروش مال ضامن بتوان وسایل اجرای حق را فراهم آورد. پس، هیچ وثیقه‌ای، خواه عینی و خواه شخصی، جایگزین اصل تکلیف نمی‌شود.

مال موضوع دین ممکن است عین باشد، چنان که مدیونی چند خروار برنج یا چند عدل کاغذ بر عهده داشته باشد و ضامنی آن را بر ذمهٔ خود بگیرد. به طور معمول، موضوع ضمان پول است ولی از این عرف شایع نباید نتیجه گرفت که تنها دین پولی با ضمان قابل انتقال است.

همچنین، احتمال دارد که موضوع ضمان منفعت باشد[1]: مانند این که کارگزار اتومبیلی تعهد کند که ظرف یک هفته ماشین‌سواری در اختیار مشتری خود قرار دهد و شخصی از این کارگزار در برابر مشتری ضمانت کند. انجام کار نیز موضوع ضمان قرار می‌گیرد، مانند این که شخصی تعهد به کندن چاه یا اسفالت راه یا نقاشی ساختمانی را بکند و ضامنی این دین را بر عهده بگیرد. زیرا انجام این گونه کارها با صرف پول همیشه امکان دارد و در حکم ضمان از دین پول است.

هرگاه مباشرت شخص مدیون در انجام دادن کاری مورد نظر طلبکار باشد و با وجود این ضمان دیگری را بپذیرد، اقدام او به معنی صرفنظر کردن از ویژگی انجام کار به وسیلهٔ مدیون است، مگر این که قرینه‌ای برخلاف آن موجود باشد که در این صورت به معنی تعهد به فعل ثالث است و باعث انتقال دین به ذمهٔ ضامن نمی‌شود[2].

پاره‌ای از محققان «تعهد مربوط به رد مال» را «تعهد به مال» ندانسته‌اند و بر مبنای تفاوت این دو مفهوم خواسته‌اند «ضمان از اعیان» را مردود شمارند: بدین تعبیر که غاصب متعهد به رد مال است و خود مال بر ذمهٔ او قرار نگرفته است[3]. ولی، پذیرفتن این نظر دشوار است. زیرا تعهد به تسلیم مال نیز مانند تعهد به تملیک آن جنبهٔ مالی دارد. آنچه در درستی ضمان از اعیان ایجاد تردید می‌کند، مالی نبودن دین نیست، از این نظر است که، جز متصرف، کسی دیگر نمی‌تواند این دین را ایفاء کند.

۱۳۲. موضوع تعهد باید مال کلی باشد :

گفته شد که، برای تحقق ضمان، باید دین قابل ایفاء به وسیلهٔ دیگری باشد. در موردی که تعهد مربوط به تسلیم عین معین باشد، ایفای این تعهد تنها از جانب متصرف امکان دارد؛ این تعهد نه قابل انتقال به ذمهٔ ضامن است و نه از دارایی ضامن می‌توان به

۱. علامهٔ حلی، تذکره، ج ۲، ص ۸۹.

۲. در موردی که دین باید از محل فروش مال معین مدیون پرداخته شود، در حکم موردی است که مباشرت او در اداء دین شرط است. پس، هرگاه از چنین دینی ضمانت شود و مضمون‌له آن را بپذیرد یا مضمون‌عنه اذن به آن دهد، اقدام آنان به منزلهٔ انصراف از شرط است. برای دیدن نظر مخالف، که ضمان را باطل می‌داند، رجوع شود به: سید محمد کاظم یزدی، عروةالوثقی، ج ۲، ص ۳۲۸.

۳. محقق ثانی، جامع‌المقاصد، ج ۱، ص ۳۱۵ ـ شهید ثانی، مسالک، ج ۱، ص ۲۵۵.

عنوان وثیقه برای ایفای آن استفاده کرد و به همین جهت نیز نمی‌تواند موضوع ضمان قرارگیرد.

از تجویز ضمان عهده در مادهٔ ۶۹۷ نیز نمی‌توان دلیل محکمی بر نقض اصلی که گفته شد استخراج کرد. زیرا، ضمان از عین نیز زیر عنوان «تعهد به فعل ثالث» (بند ۳ مادهٔ ۲۳۴ ق.م.) نافذ است و همهٔ بحثها در این است که آیا قواعد ضمان را باید دربارهٔ آن اجراء کرد یا قواعد عمومی قراردادها را؟ و دیدیم که فقهای امامیه، برای رفع نیازهای عمومی و مشروع ساختن این تعهد، ناچار شده‌اند که بر مبنای شباهت با ضمان قواعد این عقد را دربارهٔ آن به کار بندند و دچار تکلف و زحمت شده‌اند.

واژه‌های «دین» و «ذمه» که در موارد گوناگون قانون مدنی و متون حقوقی به کار رفته است خود طنین کافی برای اثبات لزوم «کلی بودن تعهد» را دارد و وجود حق عینی صاحب مال بر آن مانع از این است که بین «دین» و «وجوب رد عین» یا «دین مربوط به احترام حق عینی» اختلاط ایجاد شود.

برای روشن‌تر شدن این بحث، به شیوهٔ مرسوم، ضمان از اعیان را زیر دو عنوان «اعیان مضمونه» و «اعیان غیرمضمونه یا امانی» مورد بررسی قرار می‌دهیم:

۱۳۳. ضمان از اعیان مضمونه :

مقصود از «اعیان مضمونه» اموالی است که در تصرف شخصی غیر از مالک است و او بر عهده دارد که آن را تسلیم مالک کند و اگر تلف شود مثل یا قیمت مال را بدهد، خواه تصرف به سبب نامشروع باشد، مانند غصب و مقبوض به عقد فاسد، یا پس از تصرف به دلیلی تلف آن بر عهدهٔ امین قرارگیرد، مانند مال ودیعه و عاریه و اجاره پس از تعدی و تفریط، یا از آغاز مشروع و مضمونه باشد، مانند طلا و نقره و مقبوض به سوم.

در این که آیا شخصی می‌تواند از متصرف در برابر مالک ضمانت به رد عین کند، اختلاف است: گروهی، آن را باطل می‌دانند و برای توجیه نظر خود می‌گویند، تعهد متصرف در این اموال ناظر به «رد عین» است نه مال ثابت در ذمه. وانگهی، این تعهد که

در شمار احکام تکلیفی مربوط به غصب است قابل انتقال به ذمهٔ ضامن نیست[۱]. جمعی نیز آن را نافذ می‌دانند و دین مربوط به رد مال معین را نیز برای صحت ضمان کافی می‌بینند. قانون مدنی در این باره ساکت است و، همان‌گونه که گفته شد، چنین تعهدی را نباید «ضمان» شمرد، ولی در نفوذ آن نیز تردید نباید کرد. به همین جهت نیز باید پذیرفت که در چنین قراردادی تعهد متصرف به متعهد انتقال نمی‌یابد.

۱۳۴. ضمان از اعیان امانی :

در مورد ضمان از اعیان امانی (غیرمضمونه) مانند مال مورد ودیعه و عاریه و مضاربه پیش از تعدی و تفریط، فقهای امامیه تقریباً اتفاق نظر دارند[۲]. بدین توضیح که، هرگاه پیش از تعدی و تفریط کسی از متصرف در برابر مالک ضامن شود که عین را به او رد کند و در صورت تلف مثل یا قیمت آن را بپردازد، ضمان باطل است. زیرا، در این حالت، امین نه وظیفه دارد که عین مال را به مالک رد کند و نه مسؤولیت تلف آن را بر عهده دارد، پس ضمان را باید ضمان از دینی شمرد که وجود خارجی ندارد و سبب آن نیز ایجاد نشده است[۳].

با وجود این، هرگاه الزام به رد مثل یا قیمت به عنوان الزام به جبران خسارت ناشی از عدم انجام تعهد مربوط به رد عین باشد یا تعهدی مستقل به شمار آید، نافذ است. با این تعبیر، وضع حقوقی متعهد مانند کسی است که ضامن حسن اجرای قرارداد می‌شود و باید او را بر مبنای مادهٔ ۱۰ قانون مدنی مکلف به اجرای تعهد دانست.

۱۳۵. لزوم مشروع بودن دین :

دینی که موضوع ضمان قرار می‌گیرد باید مشروع باشد. پس، اگر کسی دین ناشی از

۱. بجنوردی، القواعد الفقهیة، ج ۶، ص ۹۸ تا ۱۰۰.

۲. مرحوم سید محمد کاظم یزدی، در این باره می‌نویسد: «فلاخلاف بینهم فی عدم صحة والا قوی بمقتضی العمومات صحة ایضاً (عروه، ج ۲، ص ۳۳۰).

۳. آنچه امین بر عهده دارد این است که در راه تصرف مالک مانع به وجود نیاورد و هرگاه او خواست رفع ید کند (تذکره، ج ۲، ص ۸۹، نقل از شافعی) و این هم ویژهٔ عقود جایز است نه لازم. چنان که در اجاره و رهن، مالک نمی‌تواند هرگاه بخواهد مال خود را بگیرد.

قمار یا معاملهٔ فاسد را بر عهده بگیرد، ضمان باطل است. زیرا، دین ضامن تعهد مستقل و جدیدی نیست که جانشین تعهد مدیون شود، بلکه همان دین است که تغییر محل می‌یابد و بدیهی است که این جابه‌جایی نمی‌تواند آن را مشروع سازد.

۱۳۶. لزوم قابلیت تعیین دین :

ضمان از عقود مسامحه است. بنابراین، لزومی ندارد که ضامن به میزان و شرایط و اوصاف دین آگاهی داشته باشد (مادهٔ ۶۹۴ ق.م.). ولی، علم اجمالی به‌گونه‌ای که بتواند موضوع قصد او قرار بگیرد لازم است (مادهٔ ۲۱۶ ق.م.). به اضافه، برای اجرای تعهد ضامن و امکان مطالبهٔ از او باید قابلیت تعیین در دین باشد، وگرنه دین مجهول یا دینی که متعهد موضوع و مقدار آن را معین سازد از نظر حقوقی دین نیست و اثری ندارد[1].

بر مبنای قاعده‌ای که به دست دادیم، ضامن می‌تواند همین که به اجمال مدیون را تمیز دهد از دین او ضمانت کند، هرچند که نداند چیست یا حادثه‌ای در آینده آن را معلوم سازد (مانند تعهدی که شخص به برندهٔ مسابقهٔ اسب‌دوانی می‌کند و میزان آن را متناسب با مدت طی مسافت معین می‌سازد). همچنین، می‌تواند تمام دیون شخصی را بر عهده گیرد یا ضامن طلب کسی شود که هنوز مدیون واقعی آن روشن نشده است یا او نمی‌داند. ولی، ضمان یکی از چندین دین، به‌گونه‌ای تردیدآمیز که نتوان در آینده نیز آن را تعیین کرد، باطل است؛ چنان که در مادهٔ ۶۹۴، پس از اعلام درستی ضمان از دین مجهول، آمده است: «... **لیکن ضمانت یکی از چند دین به نحو تردید باطل است.**» همچنین است ضمانت بخش مبهمی از دین، مانند این که ضامن بگوید چیزی را ضمانت می‌کنم[2].

۱. شهید ثانی در مسالک (ج ۱، ص ۲۵۶) می‌نویسد: «للاصحاب فی ضمان المجهول الذی یمکن استعلامه بعد ذلک قولان اشهرهما الجواز... اما لو لم یکن الاستعلام لم یصح الضمان قولا واحداً...».

۲. شهید ثانی، همان کتاب.

فصل دوم

آثار ضمان

۱۳۷. تقسیم آثار و تعیین مباحث:

با اینکه عقد ضمان بین طلبکار و ضامن بسته می‌شود و مدیون در آن نقشی ندارد، رابطهٔ حقوقی بین ضامن و مدیون را نیز نمی‌توان خارج از آثار این عقد شمرد. بنابراین، در تقسیم نخستین، آثار ضمان بین ضامن و مضمون‌له، و بین ضامن و مضمون‌عنه را باید جداگانه مورد توجه قرار داد. ولی، گاه چند نفر ضمانت از دینی را به عهده می‌گیرند و بررسی رابطهٔ مضمون‌له با اینان و رابطهٔ ضامنان با یکدیگر و اشکال گوناگون این ضمان درخور مطالعه است. پس، به تقلید از شیوهٔ نویسندگان قانون مدنی، آثار ضمان را در سه مبحث جداگانه مطرح می‌سازیم.

مبحث اول: اثر ضمان بین ضامن و مضمون‌له

۱۳۸. نقل ذمه و ضمان به عنوان وثیقهٔ دین:

از آنچه در فصل نخست آمد، این نتیجه گرفته شد که ضمان در حقوق ما مفید نقل ذمه است؛ مضمون‌عنه را از دین بری می‌کند و ضامن را مدیون می‌سازد. ولی، این انتقال مقتضای ذات ضمان نیست و قرارداد خصوصی می‌تواند التزام ضامن به تأدیهٔ دین را منوط به عدم پرداخت آن از سوی مدیون اصلی کند یا ضامن و مدیون را در برابر طلبکار به طور تضامنی مسؤول سازد، به گونه‌ای که بتواند برای تمام یا بخشی از طلب به هر

کدام که می‌خواهد رجوع کند. به بیان دیگر، با این که ضمان مطلق باعث انتقال دین به ذمهٔ ضامن می‌شود، اثر ضمان مشروط می‌تواند «ضم ذمه» باشد؛ ذمهٔ ضامن را وثیقهٔ دین قرار دهد و به طلبکار حق رجوع به او و مدیون را بدهد.

بنابراین، اثر ضمان مطلق را، به عنوان قاعدهٔ کلی، با اثر ضمان مشروط و سایر موارد استثنایی، باید ضمن دو گفتار جداگانه بررسی کرد :

گفتار نخست : نقل ذمه (قاعدهٔ کلی)

۱۳۹. برائت مدیون :

اثر مهم نقل ذمهٔ مدیون به ذمهٔ ضامن این است که، پس از تحقق عقد، مدیون بری می‌شود و دیگر التزامی در برابر طلبکار ندارد. بنابراین، ابراء مدیون کاری بیهوده است و هیچ اثری در روابط حقوقی دو طرف ندارد. مادهٔ ۷۰۷ قانون مدنی نیز که مقرر می‌دارد: «اگر مضمون‌له ذمهٔ مضمون‌عنه را بری کند ضامن بری نمی‌شود مگر اینکه مقصود ابراء از اصل دین باشد» همین قاعده را بیان می‌کند.

تعهد ضامن نیز باید مستقل از رابطهٔ مدیون پیشین با مضمون‌له باشد. پس، بر فرض که ذمهٔ مضمون‌عنه از نظر وجدانی در برابر طلبکار مشغول فرض شود، ابراء ذمهٔ او از اصل دین نباید موجب ابراء ذمهٔ ضامن گردد[۱].

ملاحظهٔ پیشینهٔ تاریخی مادهٔ ۷۰۷ حکمت وضع آن را روشن می‌کند. زیرا، اگر توجه داشته باشیم که فقهای عامه ابراء مضمون‌عنه را از سوی طلبکار موجب برائت ذمهٔ ضامن می‌دانند[۲]، و فقیهان امامیه، بر مبنای نقل ذمه، این عمل را بی‌اثر می‌شمارند[۳]، معنی مادهٔ ۷۰۷ و مقصود قانونگذار از انشای آن به خوبی روشن می‌شود. در واقع، نویسندگان مادهٔ ۷۰۷ خواسته‌اند که نتیجهٔ نظریهٔ ضم ذمه را در این باب مردود شمارند و از نظر پیروان نقل ذمه پیروی کنند.

۱. مصطفی عدل، همان کتاب.
۲. ابن قدامه، المغنی، ج ۴، ص ۴۰۹. بر این مبنا که ذمهٔ ضامن وثیقهٔ دین و تابع آن است، پس اگر مضمون‌عنه بری شود وثیقه نیز از بین می‌رود، چنان که با پرداخت دین رهن نیز از بین می‌رود.
۳. شیخ محمد حسن نجفی، جواهرالکلام، ج ۲۶، ص ۱۲۷.

۱۴۰. ضمان به شرط تأدیه از مال معین:

در موردی که ضمان مشروط به پرداخت دین از مال معین است، این تردید به میان می‌آید که آیا دین به ذمهٔ ضامن منتقل شده و چگونگی تأدیهٔ آن مشروط گردیده است، یا دین به ذمهٔ ضامن انتقال نیافته و طلب مضمون‌له به طور انحصاری در مال معین محصور شده است؟[1] در فرض نخست، هرگاه عین مورد نظر تلف شود، دین از سایر دارایی ضامن پرداخته می‌شود، و در فرض دوم، چون تعلق دین به آن عین ضعیف است، دین بر عهدهٔ مضمون‌عنه است. احتمال نیز داده شده است که تلف عین برائت ذمهٔ مضمون‌عنه را نیز به همراه داشته باشد و مضمون‌له نتواند به او و ضامن رجوع کند.

برای تنقیح مطلب و بیرون آمدن از آشفتگی‌های بیمورد، باید به چند نکته توجه داشت:

۱. در صورتی که «شرط تأدیه از مال معین» قید تعهد ضامن باشد (یعنی، مورد نادری که در نظر طرفین پرداخت دین از آن محل چنان مهم باشد که با تلف آن موضوع تعهد از بین برود)، با تلف مال، ضمان نیز منفسخ می‌شود و طلبکار باید به مضمون‌عنه رجوع کند، و اگر مال ناقص شود، به همان اندازهٔ ناقص، دین بر عهدهٔ ضامن باقی می‌ماند و برای بقیه به مدیون اصلی رجوع خواهد شد.

۲. جایی که شرط تعهد فرعی است ولی به اصل ضمان ارتباط دارد، به عنوان مطلوب اضافی مورد نظر قرار می‌گیرد و با انتفاء آن اصل تعهد از بین نمی‌رود. در این فرض، انتفاء شرط به کسی که به سود او ایجاد شده است حق فسخ می‌دهد. بنابراین، حق فسخ ضمان ممکن است به سود ضامن یا مضمون‌له یا هر دو باشد (مواد ۷۰۱ و ۲۴۰ ق.م.).

۳. گاه مال معین در نظر طرفین مانند رهن دین است و انتفاء آن به اصل ضمان صدمه نمی‌زند و تنها ناظر به چگونگی ادای دین است. پس، همان‌گونه که با تلف رهن به سایر دارایی مدیون رجوع می‌شود، در صورت تلف مال نیز، حق فسخ برای مضمون‌له به وجود نمی‌آید و او می‌تواند تنها به ضامن رجوع کند. زیرا، بعد از نقل دین و برائت ذمهٔ مضمون‌عنه، تلف مال

۱. شهید ثانی، مسالک، ج ۱، ص ۲۵۱.

مدیون جدید نمی‌تواند سبب بازگشت دین به ذمهٔ مدیون پیشین گردد[1]. در این احتمال، ضمان (نقل دین) مشروط به اداء از مال معین نیست و تکلیف مربوط به تأدیه از محل معین تنها التزام اضافی برای مدیون به شمار می‌آید. بنابراین، طبیعی است که اجرای التزام منوط بر این است که محل آن موجود باشد و تلف مال، در عین حال که شرط را منتفی می‌سازد، سبب انحلال ضمان نیز نمی‌شود.

انتخاب هریک از سه راه حل وابسته به احراز قصد مشترک طرفین و مفاد تراضی است و دادرس بایستی، پیش از تصمیم دربارهٔ اصل دعوا، این قصد و درجهٔ اهمیت پرداخت از مال معین را احراز کند، سپس بر مبنای آن ضمان را در صورت تلف مال منفسخ یا قابل فسخ یا لازم اعلام دارد و به نظر می‌رسد که آخرین فرض متداول‌ترین آنها است.

۱۴۱. اتحاد دین ضامن و مدیون اصلی :

دین ضامن به مضمون‌له همان دین مضمون‌عنه است. پس، ضامن را باید جانشین مضمون‌عنه در تحمل بار آن دین دانست. از این تحلیل، نتایج گوناگونی به دست می‌آید که مهم‌ترین آنها عبارت است از:

۱. جز در مواردی که قرارداد مخالفی وجود دارد، ضامن به تمام شرایط و توابع دین پای‌بند است. برای مثال، اگر در تعهد مضمون‌عنه شرط تعلیق یا وجه التزامی پیش‌بینی شده باشد، ضامن نیز می‌تواند از آنها به سود خود استفاده کند و در برابر مضمون‌له باید به آن شرایط احترام گذارد.

۲. تمام ایرادهایی که مربوط به دین است و جنبهٔ شخصی ندارد برای ضامن نیز قابل استفاده به نظر می‌رسد، هر چند که منشأ آن پیش از ضمان باشد[2]. برای مثال، اگر بخشی از مدت مرور زمان پیش از ضمان سپری شده باشد، ضامن می‌تواند از آن مدت نیز برای تکمیل مرور زمان دین استفاده کند.

۱. علامهٔ حلی، تذکره، ج ۲، ص ۹۸ ـ سید محمد جواد عاملی، مفتاح‌الکرامة، ج ۵، ص ۲۶۰ ـ محقق ثانی، جامع‌المقاصد، ج ۱، ص ۳۱۷.
۲. مادهٔ ۱۷۹ قانون تعهدات سویس و مادهٔ ۴۱۷ قانون مدنی آلمان.

ضامن می‌تواند ایراد کند که دین نامشروع بوده یا به دلیل حجر مضمون‌عنه و بطلان قرارداد مبنای آن ایجاد نشده است تا مورد انتقال قرار گیرد. همچنین است تهاتر و مالکیت مافی الذمه و ابراء و وفای به عهد و اقالهٔ پیش از ضمان، که باعث سقوط دین موضوع ضمان می‌شود.

ولی، بعد از ضمان، چون دین مضمون‌عنه از بین می‌رود، طلب او از مضمون‌له با دین ضامن تهاتر نمی‌شود. این است که مادهٔ ۲۹۷ قانون مدنی مقرر می‌دارد که: «اگر بعد از ضمان مضمون‌له به مضمون‌عنه مدیون شود موجب فراغ ذمهٔ ضامن نخواهد شد». به همین ترتیب، مالکیت مافی الذمه نیز از سوی مضمون‌عنه امکان ندارد و ابراء ذمهٔ مضمون‌عنه نیز اثری در برائت ضامن نمی‌کند، مگر این که مقصود سقوط اصل دین باشد.

برعکس، وفای به عهد از سوی هر بیگانه‌ای ممکن است (مادهٔ ۲۶۷ ق.م.). مضمون‌عنه نیز می‌تواند با پرداخت دین وسیلهٔ سقوط طلب مضمون‌له را فراهم آورد. به ویژه، که اگر ضمان به اذن او واقع شده باشد، این تأدیه در واقع به سود او است. زیرا، ضامن نیز، پس از پرداخت دین سرانجام به او رجوع می‌کند. به هر حال، وفای به عهد از سوی مضمون‌عنه، خواه پیش از ضمان یا بعد آن اتفاق می‌افتد، می‌تواند به عنوان دفاع مورد استناد ضامن قرار گیرد. اقاله نیز، همین که دین مبنای ضمان را از بین ببرد، سبب برائت ضامن می‌شود.

۱۴۲. آیا تضمینات دین پس از انتقال باقی می‌ماند؟

فرض مسأله این است که دین مورد انتقال تضمین‌هایی دارد که به عنوان وثیقه به طلبکار داده شده است: مانند این که بدهکار مال خود یا دیگری را به رهن طلبکار داده یا شخصی پرداخت بدهی مدیون را ضمانت کرده یا کفیل او شده است تا به هنگام ضرورت در دادگاه حاضرش کند. اکنون، اگر ضامنی پرداخت دین را بر عهده بگیرد و مضمون‌له آن را بپذیرد، آیا در اثر انتقال دین وثیقهٔ پیشین آزاد می‌شود و کفیل و ضامن برائت حاصل می‌کنند یا این گونه تضمین‌ها باقی می‌ماند و به همراه دین انتقال می‌یابد؟

قانون مدنی در این باره حکم صریحی ندارد. فقهای امامیه نیز به اشاره از آن گذشته‌اند: اکثریت قاطع کسانی که در این باره فتوا داده‌اند وثیقهٔ دین را بعد از ضمان آزاد می‌دانند[1] و فقط بعضی پذیرش این نظر را دشوار می‌بینند و تمایل به بقای رهن دارند[2]. مؤلفان حقوق مدنی نیز به توافق نرسیده‌اند[3].

به عنوان مقدمه، باید گفت که آنچه مورد گفتگو و تردید قرار گرفته موردی است که ضمان، بدون هیچ قید و شرطی، به طور مطلق واقع شود، وگرنه اشکالی در پیروی از مفاد تراضی طرفین نشده است و اعتقاد عمومی بر این است که آنان می‌توانند بقاء یا زوال رهن را شرط کنند.

پیروان بقای تضمینات دین بر ماهیت ضمان تکیه می‌کنند که «انتقال دین» است نه تبدیل تعهد. به این بیان که، در تبدیل تعهد، چون دین پیشین ساقط می‌شود و دین جدیدی جای آن را می‌گیرد، تضمین‌ها نیز به تبع سقوط دین سابق از بین می‌رود و ایجاد آن در دین جدید نیاز به تراضی دارد. ولی، در ضمان که انتقال دین است، چنین فرض می‌شود که دین با همهٔ عوارض و توابع خود، چنان که هست، به ذمهٔ ضامن منتقل می‌شود و از بین نمی‌رود تا به تابعیت آن وثایق نیز آزاد گردد. درست است که از سوی مدیون، دادن ضامن به منزلهٔ وفای به عهد است، ولی به اعتبار دائن، طلب هنوز به جای خود باقی است و تنها محل خود را تغییر داده است و این جابه‌جایی نباید سبب از بین رفتن وثیقه‌های طلب او شود.

ولی، این استدلال از دو جهت قابل انتقاد به نظر می‌رسد.

۱. به موجب بند ۲ مادهٔ ۲۹۲ قانون مدنی، ضمان در اصطلاح نویسندگان این قانون یکی از اقسام تبدیل تعهد است. برخلاف آنچه ادعا شده است، تمهید قانونگذار ایران

۱. شیخ محمد حسن نجفی، جواهرالکلام، ج ۲۶، ص ۱۵۰ ـ شهید ثانی، مسالک، ج ۱، ص ۲۵۷ ـ میرزا قمی، جامع‌الشتات، ص ۲۳۰ ـ میرزا حسین نائینی، حاشیه بر عروة‌الوثقی، ج ۲، ص ۳۲۵ ـ سید محمد جواد عاملی، مفتاح‌الکرامة، ج ۵، ص ۳۹۳.

۲. سید محمد کاظم طباطبایی یزدی، عروة‌الوثقی، ج ۲، ص ۳۲۵ (ولی در صفحهٔ ۳۲۷ فک رهن را می‌پذیرد).

۳. برای دیدن نظری که تضمینات دین را باقی می‌داند: دکتر سید حسن امامی، ج ۱، ص ۳۳۸، ج ۲، ص ۲۷۰ ـ و برای دیدن نظر مخالف: دکتر جعفری لنگرودی، عقد ضمان، ش ۱۲.

را که، به جای نهاد قدیمی و بیفایدهٔ «تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل مدیون»، تعریف ضمان را نهاده است نباید حمل بر اشتباه در ترجمه کرد. در حقوقی که انتقال دین و طلب پذیرفته شده است، تبدیل تعهد تنها در موردی به کار می‌آید که دو طرف تعهد بخواهند موضوع یا سبب آن را تغییر دهند، وگرنه، برای تبدیل مدیون و طلبکار نیازی به این وسیلهٔ قدیمی، که زادهٔ تاریخ فرانسویان است و از رومیان به میراث برده‌اند، وجود ندارد. نویسندگان قانون مدنی نیز درست چنین کرده‌اند، در بند ۱ مادهٔ ۲۹۲ تعریف تبدیل تعهد را آورده‌اند و در بند ۲ و ۳ انتقال دین و طلب را به جای تبدیل تعهد نهاده‌اند.

در مادهٔ ۲۹۳ ق.م. آمده است که: **«در تبدیل تعهد، تضمینات تعهد سابق به تعهد لاحق تعلق نخواهد گرفت، مگر اینکه طرفین معامله آن را صراحتاً شرط کرده باشند»** و بدیهی است که مقصود از «تبدیل تعهد» به مفهومی است که در مادهٔ ۲۹۲ آمده و تعریف شده است.

۲. مهم‌ترین اثر نقل ذمه برائت مدیون اصلی است (مادهٔ ۶۹۸ ق.م.). اکنون باید پرسید که اگر مال مدیون همچنان در وثیقهٔ طلبکار باقی بماند، آیا باز هم می‌توان ادعا کرد که او از دین بری شده است؟ این چگونه برائتی است که طلبکار بتواند با فروش مال او طلب را استیفاء کند؟

به هر حال، شهرت عظیم این نظر در فقه امامیه نیز می‌تواند تعبیری را که دربارهٔ مادهٔ ۲۹۳ قانون مدنی شد تقویت کند و نظر نویسندگان آن را روشن سازد.

۱۴۳. ضمان به غیر جنس دین :

در صورتی که ضامن تعهد کند که جنس دیگری را به جای دین به طلبکار دهد، در نفوذ قرارداد نباید تردید کرد[1]. ولی، این ضمان تنها به نقل ذمه محدود نمی‌شود؛ حاوی یک «تبدیل تعهد» نیز هست: برای مثال، اگر کسی هزار فرانک به دیگری بدهکار باشد و شخصی ضمانت او را به پانزده هزار ریال کند، این ضمان، گذشته از انتقال دین، توافق دربارهٔ تبدیل تعهد فرانک به ریال را نیز همراه دارد.

۱. سید محمد کاظم طباطبایی یزدی، عروة‌الوثقی، ج ۲، ص ۳۲۵.

ولی، در موردی که ضمان به همان جنس دین واقع می‌شود و پس از آن دو طرف توافق می‌کنند که وفای به عهد از جنس دیگری انجام شود، ضمان مفید نقل ذمه است و تبدیل به اعتبار دین جدای از عقد اصلی واقع می‌گردد. این توافق دربارهٔ مضمون‌عنه اثر ندارد، هرچند ضمان به اذن او باشد و ضامن در صورتی می‌تواند برای مطالبهٔ همان جنس به مدیون رجوع کند که او نیز به تبدیل تعهد اذن دهد.

۱۴۴. ضمان به بعض از دین یا به کمتر و بیشتر از آن :

لزومی ندارد که ضامن تمام دین را بر عهده گیرد. انتقال ممکن است نسبت به بخشی از دین انجام پذیرد؛ چنان که ضامن صد هزار ریال از دین مضمون‌عنه را بر ذمهٔ خود بپذیرد. همچنین، ممکن است تمام دین به میزان کمتری مورد ضمانت قرار گیرد (مفاد مادهٔ ۷۱۳ ق.م.). زیرا، هدف از ضمان کاستن بار مدیون و ارفاق به او است. پس، چه بهتر که دین کاهش یابد و او مبلغ کمتری به ضامن بدهد.

ولی، در موردی که از مدیون به میزان بیشتری ضمانت می‌شود، ممکن است ایراد شود که این قرارداد برخلاف هدف ضمان است و بر سنگینی بار مدیون می‌افزاید. لیکن، در پاسخ باید گفت که مضمون‌عنه هیچ‌گاه بدون اذن خود ناچار به تأدیهٔ چیزی اضافه بر دین اصلی نمی‌شود. قرارداد بین ضامن و طلبکار نیز بین خود آنان نافذ است و چه اشکالی دارد که بر مبنای آن، و به عنوان تعهد مستقل و اضافی، ضامن مبلغی اضافه بپردازد. مادهٔ ۷۱۳ قانون مدنی نیز همین ترتیب منطقی را اختیار کرده است. زیرا در مادهٔ ۷۱۴ می‌خوانیم که: «اگر ضامن زیادتر از دین به داین بدهد، حق رجوع به زیاده ندارد، مگر در صورتی که به اذن مضمون‌عنه داده باشد».

۱۴۵. ضمان به کمتر از مدت یا بیشتر از آن :

در موردی که ضامن دین حال را به طور مؤجل بر عهده می‌گیرد، در درستی آن تردید نباید کرد. زیرا، اگر توجه داشته باشیم که ضامن پیش از تأدیهٔ دین حق رجوع به مدیون را ندارد (مادهٔ ۷۰۹ ق.م.)، در می‌یابیم که ضمان در واقع به سود مدیون واقع شده و به او

مهلت بیشتری برای پرداخت دین داده است. مادهٔ ۷۰۲ قانون مدنی نیز نفوذ چنین ضمانی را تأیید می‌کند. زیرا، در آن آمده است که: **«هرگاه ضمان مدت داشته باشد، مضمون‌له نمی‌تواند قبل از انقضاء مدت مطالبهٔ طلب خود را از ضامن کند، اگرچه دین حال باشد»**. و مادهٔ ۶۹۲ به آن تصریح می‌کند: **«در دین حال، ممکن است ضامن برای تأدیهٔ آن اجلی معین کند...»**.

ولی، در صورتی که ضامن دین مؤجلی را به طور حال ضمانت می‌کند یا از موعد آن می‌کاهد، اشکال شده است که تعهد ضامن فرع بر تعهد مدیون است و نمی‌تواند زاید بر آن باشد. به اضافه، حال شدن دین در حکم زیاد شدن حق طلبکار است و به همین دلیل ارزش پول حال و مدت‌دار تفاوت می‌کند. این زیادی بر مدیون واجب نیست و نمی‌توان ادعا کرد که ثابت در ذمهٔ او است و ضمان از آن نیز در حکم «ضمان مالم یجب» است.

مادهٔ ۶۹۱ قانون مدنی، در رد این ایراد، پس از اعلام درستی ضمان مؤجل از دین حال، می‌افزاید: **«و همچنین می‌تواند (ضامن) در دین مؤجل تعهد پرداخت فوری آن را بنماید»**.

۱۴۶. ضمان با تغییر شرایط دین و ایجاد رهن:

از آنچه گفته شد، به خوبی برآمد که دین ضامن در برابر مضمون‌له تابع عقد ضمان است و در این قرارداد خصوصی دو طرف می‌توانند چگونگی پرداخت دین و موعد و میزان آن را تغییر دهند. منتها، این تغییرها در صورتی در برابر مضمون‌عنه قابل استناد است که با رضای او انجام پذیرد.

تغییرهایی که به موجب عقد ضمان انجام می‌شود، ممکن است ناظر به توابع و تضمینات دین باشد. برای مثال مضمون‌له می‌تواند ضمان را بدین شرط بپذیرد که ضامن مالی را بابت طلب او رهن بگذارد (شرط فعل) یا مال معینی از او رهن (وثیقه) طلب مضمون‌له باشد (شرط نتیجه). این گونه شروط با مفاد «نقل ذمه» منافاتی ندارد. زیرا، وثیقه، تأمین محل تأدیهٔ دین است و مال اضافی به شمار نمی‌آید.

مادهٔ ۶۰۳ قانون مدنی نیز، به منظور رفع هرگونه ایراد و تردید، مقرر می‌دارد: «مضمون‌له می‌تواند در عقد ضمان از ضامن مطالبهٔ رهن کند، اگرچه برای دین اصلی رهنی نباشد».

در عقد ضمان ممکن است برای پرداخت دین و فسخ عقد شرایط خاصی پیش‌بینی شود، یا تعهد اضافی بر ضامن تحمیل گردد[۱]. تخلف از این شرایط، در حدود قواعد عمومی، برای ضامن یا مضمون‌له خیار فسخ ایجاد می‌کند (مادهٔ ۷۰۱ ق.م.). برای مثال، ممکن است شرط شود که، هرگاه ضامن در تأدیهٔ هریک از اقساط دین ده روز تأخیر کند، مضمون‌له حق دارد ضمان را فسخ نماید. همچنین، ممکن است ضمان موقت باشد و پس از سپری شدن مدت از بین برود.

۱۴۷. عدم امکان اقاله:

با وجود آزادی طرفین عقد، به نظر می‌رسد که اقالهٔ ضمان بدون رضای مضمون عنه ممکن نباشد. زیرا، این تراضی سبب می‌شود که مضمون‌عنه بری دوباره مدیون شود و هیچ‌کس نمی‌تواند، بدون رضای دیگری، او را مدیون سازد[۲].

ممکن است پرسیده شود که، چرا دو طرف می‌توانند در عقد ضمان شرایطی گذارند که تخلف از آنها حق فسخ برای مشروطله به وجود آورد و نیز می‌توانند برای هرکس که می‌خواهند شرط خیار کنند، ولی از اقالهٔ عقد ممنوع هستند؟ در حالی که فسخ عقد نیز، مانند اقاله، ضمان را منحل می‌کند و مضمون‌عنه را بدون رضای او مدیون می‌سازد؟

پاسخ این است که شرایط ضمن عقد ضمان در واقع از توابع تراضی است؛ سببی که «نقل ذمه» را باعث می‌شود و مدیون را بری می‌کند. پس، اگر در این سبب قیود و شروطی آمده باشد، انتقال دین نیز همراه، با شروط و مقیّد به آنها است و هیچ مانعی ندارد که سبب برائت خود مستند بازگشت دین به ذمهٔ مضمون عنه شود، زیرا از آغاز نیز انتقال ذمه با این امکان انجام پذیرفته است. ولی، در مورد اقاله چنین نیست:

فرض این است که انتقال دین به سببی که فراهم آمده (عقد ضمان) تحقق پذیرفته است و ضامن و مضمون‌له می‌خواهند سبب جدیدی بسازند که آن را دوباره به جای خویش بازگرداند و مضمون‌عنه را مدیون کند. این اختیار است که مورد تردید و انکار قرار می‌گیرد. زیرا، اگر تراضی

۱. سید محمد کاظم طباطبایی، یزدی، عروةالوثقی، ج ۲، ص ۳۲۲.
۲. دکتر سید حسن امامی، ج ۲، ص ۲۶۸.

دو نفر بتواند دین دیگری را از بین ببرد، این امکان دلیل بر این نمی‌شود که تراضی همان دو بتواند برای ثالث ایجاد دین کند[1].

گفتار دوم: ضمان وثیقه‌ای و تضامنی

۱۴۸. تفاوت این دو مفهوم:

گفته شد که در اثر تراضی دو طرف ضمان می‌تواند باعث انتقال دین نشود و ذمهٔ ضامن را ضمیمهٔ ذمهٔ مدیون سازد. ضم ذمه به دو گونه ممکن است انجام شود:

۱. تعهد ضامن به عنوان وثیقهٔ دین باشد، بدین ترتیب که، مضمون‌له ابتدا برای وصول طلب خود به مدیون اصلی رجوع کند و، اگر به نتیجه نرسد، به مدیون تبعی (وثیقه) مراجعه نماید.

۲. تعهد ضامن و مضمون‌عنه در عرض یکدیگر قرار گیرند؛ مضمون‌عنه مدیون و ضامن مسؤول تأدیه باشد و طلبکار بتواند به هرکدام که بخواهد برای تمام یا بخشی از دین رجوع کند. در این فرض، می‌گویند ضامن و مضمون‌عنه مسؤولیت تضامنی دارند.

این دو نوع ضمان، از حیث رابطهٔ مضمون‌له با ضامنان، دارای قواعد مشترک فراوانی است. در حالت تضامن نیز تعهد ضامن فرع بر دین اصلی و وثیقهٔ آن است. به گفتهٔ یکی از نویسندگان، در این فرض نیز «تعهد برای دیگری است» نه «تعهد با دیگری»[2].

۱۴۹. بقای ذمهٔ مضمون‌عنه:

آنچه باعث امتیاز ضمان وثیقه از تضامن می‌شود، تفاوت در شرایط رجوع طلبکار به ضامن است، وگرنه، در این که ذمهٔ مضمون‌عنه تا زمان پرداخت دین به حال خود باقی می‌ماند و طلبکار می‌تواند بدون هیچ مانعی به او رجوع کند، تفاوتی وجود ندارد و

۱. برای دیدن نظر مخالف، رجوع شود به: دکتر جعفری لنگرودی، عقد ضمان، ش ۲۹۲ و ۴۰۲. در این کتاب، برای توجیه امکان اقاله آمده است: «... زیرا ذمهٔ مضمون‌عنه من جمیع الجهات فارغ نشده بود و عقد ضمان، حق اقاله را از متعاقدین، ساقط نکرده بود».

۲. مازو، دروس حقوق مدنی، ج ۳، ش ۴۷.

وصف مشترک آنها در برابر «ضمان ناقل دین» است.

بدین ترتیب، اگر مضمون‌له ذمهٔ مضمون‌عنه را ابراء کند، این اقدام سبب برائت ضامن نیز می‌شود. زیرا، ذمهٔ ضامن به منزلهٔ وثیقهٔ دین و از توابع و فروع آن است. پس، همین که اصل ساقط شود، فرع نیز به دنبال آن از بین می‌رود. ولی، ابراء ضامن سبب سقوط دین مضمون‌عنه نمی‌شود، همچنان که انحلال رهن نیز اصل دین را از بین نمی‌برد[1].

برعکس، در وفای دین تفاوتی بین اصل و فرع وجود ندارد و پرداخت دین از سوی هرکدام که باشد باعث برائت هر دو و سقوط طلب می‌شود.

به طور کلی، باید دانست که در این قسم ضمان، تعهد ضامن تبعی است و از هر ایراد و دفاعی که برای مدیون جنبهٔ شخصی ندارد، مانند مرور زمان، ضامن نیز می‌تواند استفاده کند.

۱۵۰. بقای تضمینات دین :

در صورتی که ضمان سبب انتقال دین نشود، در بقای تضمینات دین نیز تردید نباید کرد. زیرا، ضمیمه شدن تعهد ضامن به دین دلیل بر انحلال رهن و سایر وثائق نمی‌شود و، برعکس، طلبکار وثیقهٔ اضافی به دست می‌آورد. از نظر قضایی نیز هیچ یک از بندهای مادهٔ ۲۹۲ قانون مدنی ناظر به چنین ضمانتی نیست تا بتوان ادعا کرد که مادهٔ ۲۹۳ حکم به انحلال تضمین‌های دین داده است.

۱۵۱. امکان اقالهٔ ضمان :

بقای دین مضمون‌عنه پس از ضمان، اشکال مربوط به اقالهٔ عقد را از بین می‌برد. اقالهٔ ضمان برخوردی با حقوق مضمون‌عنه (ثالث) پیدا نمی‌کند و لزومی ندارد که رضای او نیز جلب شود. زیرا، در این فرض، از بین رفتن وثیقه زیانی به مدیون نمی‌رساند و تنها از

۱. ابن قدامه، المغنی، ج ۴، ص ۴۰۹ ـ سیواسی و قاضی‌زاده، شرح فتح‌القدیر، ج ۵، ص ۴۱۱.

تضمین‌های طلبکار می‌کاهد. پس، نه تنها ضمان بر مبنای شروط ضمن عقد قابل فسخ است، ضامن و مضمون‌له می‌توانند به تراضی آن را اقاله کنند.

۱۵۲. ضمان تضامنی :

در این قسم از ضمان وثیقه، که به طور معمول در حقوق تجارت وجود دارد (مادهٔ ۴۰۲ ق.ت.)، ضمان بر میزان اعتبار طلب می‌افزاید و مضمون‌له را از خطرهای ناشی از ورشکستگی و اعسار و فرار مدیون و ضامن مصون می‌دارد. زیرا، ضرورتی ندارد که ابتداء به مدیون رجوع شود و ضامن در این فرصت در معرض اعسار قرار گیرد یا امکان فرار از دین را بیابد. به موجب مادهٔ ۴۰۳ قانون تجارت: **«در کلیهٔ مواردی که، به موجب قوانین یا موافق قراردادهای خصوصی، ضمانت تضامنی باشد، طلبکار می‌تواند به ضامن و مدیون اصلی مجتمعاً رجوع کرده یا پس از رجوع به یکی از آنها و عدم وصول طلب خود برای تمام یا بقیهٔ طلب به دیگری رجوع کند.»**

برای ارائه نمونه‌ای از فواید این قسم ضمان می‌توان گفت، هرگاه به دلیل فوت یا ورشکستگی ضامن دین مؤجل او حال شود، مضمون‌له می‌تواند، در موردی هم که دین اصلی و ضمان مؤجل بوده است، به ضامن رجوع کند و به انتظار فرا رسیدن اجل دین نماند. ولی، جایی که ضمان وثیقهٔ طلب است و چنین مقرر شده که مضمون‌له ابتدا باید به مدیون رجوع کند، او از این امتیاز محروم می‌ماند، چرا که پیش از فرا رسیدن اجل، حق رجوع به مضمون‌عنه را ندارد و نمی‌تواند شرط رجوع به ضامن را محقق سازد. همچنین، اگر طلبکار مهلتی برای تأدیه به مدیون دهد یا دین مؤجل باشد، در ضمان تضامنی مانعی برای رجوع طلبکار به ضامن ایجاد نمی‌کند، در حالی که در ضمان وثیقه، ضامن نیز از این امتیاز بهره‌مند می‌شود، زیرا شرط رجوع به از مطالبهٔ او مدیون است.

در خارج از امور تجارتی، ضمان تضامنی برخلاف اصل است و تنها در صورتی پذیرفته می‌شود که در عقد تصریح کنند[1]. در حقوق ما، که اثر ضمان مطلق نقل ذمه است، این قاعده و تذکر در صورتی مفید واقع می‌شود که ضمان در جریان تأمین خواسته

۱. پلنیول و ریپر و ساواتیه، ج ۱۱، ش ۱۵۳۹.

و بر مبنای قانون آئین دادرسی مدنی گرفته شود، وگرنه، در موارد عادی، ضمانی که در آن ذمهٔ مضمون‌عنه باقی بماند خلاف قاعده است.

باید دانست که در ضمان تضامنی همهٔ قواعد مربوط به مسؤولیت تضامنی مدیونین متعدد اجراء نمی‌شود. در این فرض نیز تعهد ضامنان به منزلهٔ وثیقهٔ دین و فرع بر آن است و نباید فراموش کرد که همه از مدیون و برای او ضمانت کرده‌اند و در عرض او قرار ندارند. به همین جهت، اگر طلبکار مضمون‌عنه را ابراء کند، همه ضامنان بری می‌شوند. ولی، اگر ضامنی ابراء شود، این اقدام اثری در دین مضمون‌عنه ندارد و نمی‌توان وضع ضامن و مضمون‌عنه را با غاصبان متعدد قیاس کرد که ابراء یکی از آنها در دیگران مؤثر واقع می‌شود (مادهٔ ۳۲۱ ق.م.). در مورد غصب، همه در کنار یکدیگر مسؤولیت تضامنی دارند و ابراء ذمهٔ یکی از آنان در حکم وفای به عهد یا سقوط طلب است. ولی، در ضمان، ضامن وثیقهٔ ذمهٔ مدیون است و اسقاط رهن به معنی سقوط دین نیست.

مبحث دوم: اثر ضمان بین ضامن و مضمون‌عنه

۱۵۳. تقسیم مبحث:

چنان که بارها گفته شد، تعهد ضامن در برابر مضمون‌له به خاطر تأدیهٔ دین مضمون‌عنه و به سود او است. با این که عقد میان ضامن و طلبکار بسته می‌شود و مدیون نقشی در این رابطهٔ حقوقی ندارد، نمی‌توان انکار کرد که تمام این گفتگوها برای پرداخت دین او است. مدیون از مال ضامن استیفاء می‌کند و عدالت اقتضاء دارد که از او رفع ضرر کند و غرامتی را که کشیده جبران سازد.

ولی، گاه ضامن به قصد تبرع و احسان به مدیون ضمانت می‌کند و از او اذن نمی‌گیرد. در چنین حالتی، نمی‌توان به طور مطلق به او اجازه داد که مدیر دارایی بدهکار شود و هرچه را به حساب او پرداخت کرده است بگیرد، به ویژه که امکان دارد عقد ضمان شرایط و زمان تأدیهٔ دین را تغییر دهد و تراضی ضامن و طلبکار در دارایی مدیون مؤثر شود. پس، در مرحلهٔ نخست باید دید رجوع ضامن به مضمون‌عنه با چه شرایطی امکان دارد؟

پاسخ این سؤال همه اشکالها را از بین نمی‌برد: باید دید مبنای حقوقی دین مضمون‌عنه به ضامن چیست، چه زمان این دین تحقق می‌یابد، چه زمان قابل مطالبه است، و ضامن به چیز و تا چه اندازه می‌تواند به مضمون‌عنه رجوع کند؟

بنابراین، رابطهٔ ضامن و مضمون‌عنه را در سه گفتار جداگانه بررسی می‌کنیم:

گفتار نخست، شرایط رجوع ضامن به مدیون.

گفتار دوم، زمان ایجاد دین و مطالبهٔ آن.

گفتار سوم، موضوع دین مضمون‌عنه به ضامن.

گفتار نخست : شرایط رجوع ضامن به مضمون‌عنه

۱۵۴. لزوم اذن :

قانون مدنی دربارهٔ اثر اذن مضمون‌عنه در امکان رجوع ضامن به حکم خاصی ندارد و حتی در مادهٔ ۷۲۰ آمده است که: «**ضامنی که به قصد تبرع ضمانت کرده باشد حق رجوع به مضمون‌عنه ندارد**». منطوق این ماده بی‌گمان درست است و با سایر قواعد سازگار به نظر می‌رسد. زیرا، ضامنی که از راه احسان به مدیون و بدون اینکه قصد غرامت گرفتن از او را داشته باشد ضمانت می‌کند، دیگر نمی‌تواند از این ارادهٔ خیر عدول کند و از مضمون‌عنه چیزی بخواهد (مواد ۳۳۶ و ۳۳۷ ق.م.).

ولی، آنچه به شدت مورد تردید قرار گرفته این است که، آیا قانونگذار مناط اعتبار در رجوع به مضمون‌عنه را قصد ضامن قرار داده است یا اذن مضمون‌عنه؟

مفهوم مخالف مادهٔ ۷۲۰ چنین می‌شود: «**ضامنی که به قصد تبرع ضمانت نکرده باشد حق رجوع به مضمون عنه دارد**». ولی، آیا این مفهوم بدین صورت مقصود قانونگذار بوده است و اذن یا عدم آگاهی و مخالفت مضمون‌عنه با ضمان و تأدیهٔ دین اثری ندارد؟ پاسخ این پرسش را باید منفی داد. زیرا، مفهوم مخالف ماده چنان با اصول حقوقی ناسازگار است که نمی‌توان به آن اعتماد کرد. پس، ناچار باید گفت مادهٔ ۷۲۰ مفهوم مخالف ندارد یا این مفهوم مورد نظر قانونگذار نبوده است. دلیل این ادعا را بدین شرح می‌توان خلاصه کرد :

تعهد ضامن برای مضمون‌عنه و به منظور اداء دین او است و ضامن بدین وسیله دین دیگری را می‌پردازد. پس، رابطهٔ او با مدیون یکی از مصداق‌های حالتی است که شخصی دین دیگری را تأدیه می‌کند و ضمان خصوصیتی ندارد که در این باره حکم استثنایی و خاصی را ایجاب کند.

در حقوق ما، قاعده این است که هرکس می‌تواند دین دیگری را بپردازد «ولیکن کسی که دین دیگری را ادا می‌کند اگر به اذن باشد حق مراجعه به او دارد والّا حق مراجعه ندارد» (مادهٔ ۲۶۷ ق.م.)، یعنی آنچه مبنای رجوع به مدیون می‌شود، اذن او به این اقدام

است نه قصد بیگانه‌ای که دین را می‌پردازد. قصد تبرّع پرداخت کننده را از رجوع محروم می‌سازد، ولی قصد رجوع حقی به او اعطاء نمی‌کند. بدین ترتیب، منطوق مادهٔ ۲۶۷ با مفهوم مخالف مادهٔ ۷۲۰ تعارض پیدا می‌کند و، چون دلالت منطوق قانون بر ارادهٔ قانونگذار بیش از مفهوم است، مادهٔ ۲۶۷ حکومت دارد.

۱۵۵. اذن در ضمان یا اذن در تأدیه ؟

ضمان، به اعتبار اذن مضمون‌عنه، ممکن است به یکی از این سه صورت باشد:

۱. ضمان و تأدیهٔ دین به خواهش و اذن مضمون‌عنه انجام می‌شود؛

۲. ضمان با اذن مدیون است، ولی دین مضمون‌عنه بدون اذن او پرداخته می‌شود؛

۳. ضمان بدون اذن انجام می‌گیرد، ولی تأدیه با اذن مضمون‌عنه است.

دربارهٔ صورت نخست، هیچ بحثی وجود ندارد، همچنان که، اگر ضمان و تأدیه بدون اذن باشد، تردیدی در مأذون نبودن ضامن نیست.

ولی، در دو فرض دیگر، باید دید آنچه مضمون‌عنه را در برابر ضامن مدیون می‌سازد یا سبب آن می‌شود، اذن در ضمان است یا اذن در تأدیه؟

بر مبنای نقل ذمه، باید پذیرفت که اذن در ضمان سبب دین مضمون‌عنه است. زیرا، در اثر ضمان، دین بر عهدهٔ ضامن قرار می‌گیرد و او مدیون دینی می‌شود که پیش از عقد بر عهدهٔ مضمون‌عنه بوده است. پس، اذن در انجام این عمل حقوقی اهمیت دارد: لزومی ندارد که ضامن دین را نیز به اذن مدیون بپردازد، زیرا ضمان در حکم وفای به دین است و اذن در ضمان حاوی اذن در تأدیه نیز هست. همچنین، در موردی که ضمان بدون اذن انجام شده است، اذن مضمون‌عنه در تأدیه مانند اذن بیگانه‌ای است که به مدیون امر به پرداخت دین خود می‌کند؛ چنانکه مادهٔ ۷۲۰ قانون مدنی نیز در ضمان تبرعی (بدون اذن) برای ضامن حق رجوع نمی‌شناسد، و موضوع حکم اعم از این است که تأدیه نیز بدون اذن انجام شود یا با اذن مضمون‌عنه.

با وجود این، هرگاه در اذن به تأدیه تصریح شود که ضامن بپردازد و به مضمون‌عنه رجوع کند یا از قرائن چنین برآید که مقصود از اذن تعهد به جبران غرامت ضامن است،

ضامن بر مبنای توافق بین او و مضمون‌عنه حق رجوع پیدا می‌کند[1]. ولی، در این فرض، دین مضمون‌عنه ناشی از ضمان نیست؛ اثر توافقی است که بین ضامن مأذون و مضمون‌عنه متعهد انجام می‌شود و مانند هر قرارداد دیگر الزام‌آور است.

۱۵۶. لزوم تأدیه :

رجوع ضامن به مضمون‌عنه به منظور جبران خسارتی است که از راه ضمان به او رسیده. این خسارت زمانی واقع می‌شود که ضامن دین را ادا کند. مادهٔ ۷۰۹ قانون مدنی در همین زمینه مقرر می‌دارد: «ضامن حق رجوع به مضمون‌عنه ندارد مگر بعد از اداء دین».

به طور معمول پرداخت دین به طور مستقیم انجام می‌شود و ضامن آنچه را به عهده دارد به طلبکار تسلیم می‌کند، ولی گاه نیز پرداخت غیرمستقیم است، یعنی اعمالی تحقق می‌یابد که اثر آن کاسته شدن از دارایی ضامن به سود طلبکار است. قانون مدنی در مواد ۷۱۰ و ۷۱۲ به این موارد اشاره می‌کند :

۱. ضامن، دینی را که به مضمون‌له دارد با رضایت او به دیگری حواله می‌دهد که بپردازد و محال‌علیه نیز آن را قبول می‌کند. در این فرض، چون تحقق حواله باعث انتقال دین از ذمهٔ محیل به محال‌علیه است، قانون مدنی آن را در حکم وفای به عهد می‌داند و به ضامن اجازه می‌دهد که به مضمون‌عنه رجوع کند.

۲. مضمون‌له طلبی را که از ضامن دارد حواله می‌دهد که به دیگری بپردازد. پس از قبول حواله، طلب مضمون‌له به محتال منتقل می‌شود؛ مضمون‌له از این اعتبار برای پرداخت دیون خویش یا دادن قرض به دیگران سود می‌برد و ضامن نیز بدهکار شخص ثالث می‌گردد و طلب مضمون‌له از او از بین می‌رود.

۳. مضمون له فوت می‌کند و ضامن وارث او است. در این فرض، ضامن چیزی نمی‌پردازد، ولی در واقع به همان اندازه از میراث او کاسته می‌شود؛ با تملک مافی الذمه خود بری خواهد

۱. شیخ محمد حسن نجفی، جواهرالکلام، ج ۲۶، ص ۱۳۴ ـ سید محمد کاظم یزدی، عروةالوثقی، ج ۲، ص ۳۲۳ (که بر این نظر اشکال کرده است که وعدهٔ به ضامن الزام‌آور نیست).

شد (مادهٔ ۲۰۰ ق.م.) و حق رجوع به مضمون‌عنه را دارد (مادهٔ ۷۱۲ همان قانون). به بیان دیگر، طلب مضمون‌له بعد از فوت او به ضامن منتقل می‌شود و چون کسی نمی‌تواند از خود طلبکار شود ساقط خواهد شد و این تهاتر قهری در حکم پرداخت است.

به همین قیاس، اگر ضامن از مضمون‌له طلبکار شود (خواه منشأ طلب پیش از عقد یا بعد از آن باشد) و این طلب با بدهی او از ضمان تهاتر باشد، ضامن حق رجوع به مضمون‌عنه را دارد.

۴. ضامن و مضمون‌له دربارهٔ طلب ناشی از ضمان صلح می‌کنند. صلح نیز در حکم تأدیه است، منتها ضامن نمی‌تواند بیش از مقداری که به مضمون‌له داده است از ضامن بگیرد، آن هم بدین شرط که از اصل دین تجاوز نکند.

۱۵۷. رجوع به مضمون‌عنه پیش از تأدیه :

در بند ۲ مادهٔ ۷۰۹ و به عنوان استثناء بر قاعدهٔ کلی آمده است: «**... ولی می‌تواند (ضامن)، در صورتی که مضمون‌عنه ملتزم شده باشد که در مدت معینی برائت او را تحصیل نماید و مدت مزبور هم منقضی شده باشد، رجوع کند**». زیرا، این التزام مضمون‌عنه ارتباطی به اثر متعارف ضمان ندارد و به همین جهت نیز نباید آن را استثنایی بر قاعدهٔ رجوع ضامن پس از تأدیه به حساب آورد.

۱۵۸. پرداخت ناروا از سوی ضامن :

هرگاه مضمون‌عنه، بدون آگاه ساختن ضامن، طلب مضمون‌له را بپردازد، ضامن بری می‌شود (مادهٔ ۷۱۷ ق.م.). پس، اگر ضامن در چنین حالتی دوباره دین را به مضمون‌له پرداخت کند، حق رجوع به مضمون‌عنه را ندارد. زیرا، آنچه به مضمون‌له داده دین مضمون‌عنه نبوده است: این دین، بنا به فرض، به وسیلهٔ خود مضمون‌عنه پرداخته شده است و مضمون‌له پولی را بدون استحقاق گرفته است که باید به صاحب آن بازگرداند (مادهٔ ۳۰۱ ق.م.).

بدین ترتیب، ضامن تنها حق دارد به مضمون‌له رجوع کند (مادهٔ ۳۰۲ ق.م.) و این رجوع نیز اثر عقد ضمان نیست؛ نتیجهٔ «استفادهٔ بدون جهت و نامشروع» از مال دیگری

است.

با وجود این، چون برای مدیونی که به اذن و خواهش او دیگری ضامن دین شده است این تکلیف عرفی وجود دارد که ضامن را از تأدیهٔ دین آگاه سازد، هرگاه از این بی‌مبالاتی زیانی به ضامن برسد، باید جبران کند. پس، اگر در این فرض ضامن با اعسار یا ورشکستگی مضمون‌له روبرو شود یا به دلیل دیگری نتواند به حق خود برسد، می‌تواند بر مبنای تسبیب به مضمون‌عنه رجوع کند.

۱۵۹. اثر پرداخت دوبارهٔ دین از سوی مضمون‌عنه :

هرگاه ضامن وفای به عهد کند و طلب مضمون‌له را بپردازد و، پس از آن، مضمون‌عنه بدین پندار که دین باقی است دوباره آن را پرداخت کند، آیا ضامن می‌تواند به مضمون‌عنه رجوع کند یا باید از مضمون‌له رد مال را بخواهد؟

۱. رجوع ضامن به مضمون‌له، برای پس گرفتن آنچه به او داده است، مورد ندارد. زیرا، هنگام تأدیه، طلب مضمون‌له بر جای خود بوده و ضامن دین خویش را پرداخته است. آنچه ناروا گرفته شده، پولی است که مضمون‌عنه پس از سقوط پرداخته است و باید به صاحب آن بازگردانده شود.

در این فرض، اگر مضمون‌عنه زیانی ببیند و نتواند حق خویش را از طلبکار بگیرد، نمی‌تواند جبران آن را از ضامن بخواهد. زیرا، انسان متعارف پای‌بند عهد و پیمان خویش با دیگران است. بر مبنای توافقی که به اذن مدیون انجام شده است، ضامن می‌بایستی دین را بپردازد و چنین نیز کرده است. پس، زیانی که مضمون‌عنه می‌برد ناشی از اقدام و بی‌مبالاتی خود او است و باید نتایج آن نیز تحمل کند. در موردی هم که ضمان بدون اذن و آگاهی مضمون‌عنه واقع می‌شود، تأدیهٔ از سوی ضامن متبرع زیانی به او نمی‌رساند تا موجب مسؤولیت شود.

۲. برعکس، رجوع ضامن به مضمون‌عنه امکان دارد. زیرا، چنان‌که گفته شد، ضامن به هنگام وفای به عهد کرده است و تأدیهٔ دوبارهٔ مضمون‌عنه حقوق او را از بین نمی‌برد.

با وجود این، در موردی که مضمون‌عنه تعهد داشته است که برائت ذمهٔ ضامن را

تحصیل کند، اگر ضامن بدون آگاه ساختن او پیشدستی کند و دین را برخلاف قرار خود بپردازد، باید زیان ناشی از این تقصیر را جبران کند. پس، اگر به مضمون‌عنه رجوع کند، دادگاه می‌تواند به درخواست خواندهٔ دعواطلبی را که ضامن دارد با خسارتی که به بار آورده است تهاتر کند.

۱۶۰. اثر ابراء ضامن از سوی مضمون‌له :

گفته شد که رجوع ضامن به مضمون‌عنه به منظور جبران غرامتی است که بابت پرداخت دین متحمل شده. پس، اگر به وسیلهٔ دیگری در برابر طلبکار برائت حاصل کند، حق رجوع به مضمون‌عنه را ندارد، هرچند آن وسیله به خاطر ضامن و احساس طلبکار یا دیگران نسبت به او باشد. ضامن عقدی است ارفاقی و مبتنی بر احسان و ضامن نمی‌تواند از این راه سودی به دست آورد.

بر این مبنا، **«هرگاه مضمون‌له ضامن را ابراء کند یا دیگری مجاناً دین را بدهد، ضامن حق رجوع به مضمون‌عنه ندارد»**. (مادهٔ ۷۱۹ ق.م.) همچنین، اگر شخصی به طور تبرعی از ضامن ضمانت کند و دین را بپردازد، این تأدیه نیز حق رجوع به ضامن نمی‌دهد.

گفتار دوم : زمان ایجاد دین و مطالبهٔ آن

۱۶۱. زمان ایجاد دین :

گفته شد که ضامن پیش از پرداخت دین حق رجوع به مضمون‌عنه را ندارد (مادهٔ ۷۰۹ ق.م.) اکنون باید دید آیا دلیل این حکم مدیون بودن مضمون‌عنه است یا قانونگذار خواسته است مطالبهٔ این دین را منوط به تأدیهٔ طلب مضمون‌له از سوی ضامن کند؟

در برابر این پرسش، دو پاسخ اصلی وجود دارد :

۱. پیش از پرداخت دین از سوی ضامن، مضمون‌عنه هیچ دینی به او ندارد. آنچه باعث ایجاد تعهد مضمون‌عنه می‌شود، استیفاء از مال ضامن و غرامتی است که او در آن راه متحمل می‌شود. پیش از پرداخت، هیچ رابطهٔ حقوقی میان ضامن و مضمون‌عنه

وجود ندارد و ضامن تا غرامتی نکشد طلبی پیدا نمی‌کند. بنابراین، اگر مضمون‌عنه به عنوان وفای به عهد مالی به ضامن بدهد، مالک آن نمی‌شود و ابراء مضمون‌عنه نیز در این زمان (پیش از تأدیه) اثری ندارد[1].

۲. دین مضمون‌عنه به مجرد ضمان به وجود می‌آید، ولی مطالبهٔ آن منوط به اداء دین از سوی ضامن است[2].

بر مبنای تحلیلی که از اذن مضمون‌عنه شد، باید نظر مشهور فقها را تأیید کرد. زیرا، مضمون‌عنه ملتزم می‌شود که مثل آنچه را ضامن می‌دهد به او تأدیه کند و غرامتی را که می‌بیند جبران سازد. پس، تا زمانی که اداء دین تحقق نیافته است، مضمون‌عنه نیز در برابر ضامن دینی پیدا نکرده است.

با وجود این، نباید چنین پنداشت که پیش از تأدیهٔ طلب مضمون‌له هیچ رابطهٔ حقوقی بین ضامن و مضمون‌عنه وجود ندارد. حق این است که بین تعهد به پرداخت دین و جبران غرامت ضامن (به عنوان سبب دین) و خود دین باید تفاوت گذارد: سبب دین، اذن مضمون‌عنه یا تعهد و توافق ضمنی او با ضامن است. ولی از این سبب دین معلقی به وجود می‌آید که تحقق آن منوط به تأدیهٔ طلب مضمون‌له از سوی ضامن است. همین که شرط تحقق یافت، دین نیز بر ذمهٔ مضمون‌عنه ثابت می‌شود و ضامن می‌تواند آن را مطالبه کند. برخلاف آنچه ادعاء شده است، هیچ دلیلی وجود ندارد که اثر این شرط را به گذشته سرایت دهد و کاشف از اشتغال ذمهٔ مضمون‌عنه از تاریخ ضمان باشد. برعکس، بر مبنای اثر طبیعی همهٔ پدیده‌ها، که ناظر به آینده است، تأدیه ضامن نیز از زمان وقوع باعث تحقق دین مضمون‌عنه می‌شود.

۱۶۲. نتایج عملی بحث :

دربارهٔ نتایج عملی بحث مربوط به تاریخ ایجاد دین مبالغه شده است و باید با تأمل

۱. نظر مشهور در فقه امامیه همین عقیده است: شهید ثانی، مسالک‌الافهام، ج ۱، ص ۲۵۷ ـ محمد جواد عاملی، مفتاح‌الکرامة، ج ۵، ص ۳۸۷ ـ علامهٔ حلی، تذکره، ج ۲، ص ۹۳ ـ سید محمد مجاهد، مناهل، کتاب ضمان ـ شیخ محمد حسن نجفی، جواهرالکلام، ج ۲۶، ص ۱۵۳ و ۱۵۴ ـ میرزا حسن نائینی، حاشیه بر عروةالوثقی، ج ۲، ص ۳۲۳.

۲. دکتر جعفری لنگرودی، عقد ضمان، ش ۳۷۰ و ۳۷۱.

بیشتر مورد توجه قرار گیرد:

۱. در صورتی که پیش از تأدیهٔ ضامن هیچ رابطهٔ حقوقی میان او و مضمون‌عنه نباشد، ابراء ذمهٔ مضمون‌عنه از سوی ضامن بی‌اثر است، زیرا هیچ دینی را پیش از ایجاد آن نمی‌توان اسقاط کرد. ولی، هرگاه در اثر ضمان ذمهٔ مضمون‌عنه مشغول شود، این ابراء نفوذ حقوقی دارد.

بر مبنای تحلیلی که گفته شد، با این که دین مضمون‌عنه پیش از پرداخت ضامن ایجاد نمی‌شود، چون تعهد به تأدیهٔ آن از زمان اذن و توافق ضمنی دو طرف به وجود می‌آید، ابراء به معنی سقوط همین تعهد است و در نفوذ آن نباید تردید کرد.

۲. اگر در اثر ضمان ذمهٔ مضمون‌عنه مشغول به ضامن شود، وفای به عهد نیز پیش از تأدیهٔ ضامن امکان دارد. پس، هرگاه مضمون‌عنه مالی را بدین عنوان به ضامن بدهد، دین خود را اداء کرده است و ضامن مالک مال می‌شود و می‌تواند به دلخواه در آن تصرف کند. لیکن، در صورتی که سبب دین مضمون‌عنه تأدیهٔ طلب مضمون‌له از سوی ضامن باشد، پیش از آن، مالی که به عنوان وفای به عهد به ضامن داده می‌شود به ملکیت او در نمی‌آید و همچون امانتی نزد او است تا دین پرداخته شود. همچنین است موردی که مضمون‌عنه مالی را به ضامن می‌دهد و از او می‌خواهد که مورد ضمان را به وسیلهٔ آن بپردازد، زیرا ضامن به منزلهٔ وکیل او است.

بر مبنای تحلیلی که شد، به نظر می‌رسد که وفای به عهد نیز از سوی مضمون‌عنه بی‌اشکال باشد. زیرا، اگر پذیرفته شود که مضمون‌عنه تعهد کرده است که غرامت ضامن را جبران کند، چه مانعی دارد که پس از به عهده گرفتن دین از سوی ضامن مضمون‌عنه به تعهد خود وفا کند و بدین وسیله مانع از تضرر ضامن شود؟

به اضافه، اگر ضمان دینی که سبب آن ایجاد شده درست باشد، چرا باید وفاء چنین دینی نافذ نباشد. در این صورت، مالکیت ضامن منوط به تأدیه از سوی او است.

۱۶۳. زمان مطالبه :

۱. ضمان از دین حال: در موردی که دین حال است، ضامن می‌تواند آن را به طور

مؤجل یا حال بر عهده گیرد. مدت پرداخت دین تنها در روابط ضامن و طلبکار مؤثر است، وگرنه، در رابطهٔ ضامن و بدهکار، در هر زمان که پرداخته شود، ضامن حق رجوع به مضمون‌عنه را دارد. مادهٔ ۷۱۶ قانون مدنی در این باره مقرر می‌دارد: «**در صورتی که دین حال باشد، هر وقت ضامن اداء کند می‌تواند به مضمون‌عنه رجوع نماید، هرچند ضمان مدت داشته و موعد آن نرسیده باشد...**».

با وجود این، چون مبنای حق ضامن اذن مضمون‌عنه است، هرگاه او به ضمان مؤجل اذن داده باشد و ضامن پیش از فرا رسیدن اجل طلب مضمون‌له را بپردازد، نمی‌تواند تا زمانی که اجل نرسیده است به مضمون‌عنه رجوع کند (بخش اخیر مادهٔ ۷۱۶).

۲. ضمان از دین مؤجل: در این فرض، گفته شد که ضمان حال از دین مؤجل ممکن است (مادهٔ ۶۹۲ ق.م.). ولی چون عقد ضمان مبتنی بر مسامحه و ارفاق به مدیون است، ضامنی که پیش از فرا رسیدن اجلِ دین آن را می‌پردازد، خواه پرداخت دین نتیجهٔ ضمان حال باشد یا تأدیهٔ پیش از موعد، حق رجوع به مضمون‌عنه را تا حال شدن دین ندارد. مادهٔ ۷۱۵ قانون مدنی در این باره مقرر می‌دارد: «**هرگاه دین مدت داشته و ضامن قبل از موعد آن را بدهد، مادام که دین حال نشده است نمی‌تواند از مدیون مطالبه کند**».

در موردی هم که اجل ضمان کمتر از دین است یا ضامن آن را زودتر می‌پردازد، همین قاعده جاری است و رجوع به مضمون‌عنه تا رسیدن اجل دین به تأخیر می‌افتد.

گفتار سوم: موضوع دین مضمون‌عنه به ضامن

۱۶۴. ضمان به بیشتر از دین:

ضمان، خواه مفید نقل ذمه یا ایجاد وثیقه برای دین باشد، نباید از میزان اصل دین تجاوز کند. در تضمین این قاعده، مادهٔ ۷۱۴ مقرر می‌دارد:

«**اگر ضامن زیادتر از دین به دائن بدهد حق رجوع به زیاده ندارد، مگر در صورتی که به اذن مضمون‌عنه داده باشد**».

اذن مضمون‌عنه، ممکن است به وسیلهٔ اذن به ضمان بیش از دین باشد یا اذن به پرداخت بیشتر، به گونه‌ای که تعهد او را به جبران غرامت ضامن برساند. اذن به ضمان

ناظر به تعهد به میزان دین است و به ضامن اختیار نمی‌دهد که میزان تعهد را به هر اندازه که می‌خواهد تعیین کند. پس اذن.به ضمان بیشتر امری است خلاف اصل و نیاز به تصریح دارد.

باید افزود که، برخلاف ظاهر مادهٔ ۷۱۴، هرگاه مضمون‌عنه اذن به ضمان بیشتر از دین بدهد، دیگر پرداخت آن نیاز به اذن دوباره ندارد و ضامن می‌تواند به تمام آنچه پرداخته است به مضمون‌عنه رجوع کند.

۱۶۵. ضمان یا پرداخت به کمتر از دین :

گفته شد که اذن به ضمان به معنی معاوضهٔ تعهد ضامن در برابر دین مضمون‌عنه نیست؛ مانند تعهد وام گیرنده، تعهد به جبران غرامت و دادن مثل است و تراضی مدیون و ضامن را باید «شبه معوض» یا «معوض ناقص» نامید. بنابراین، ضامن به بیش از آنچه غرامت می‌بیند حق رجوع به مضمون‌عنه را ندارد. مادهٔ ۷۱۴ قانون مدنی نیز در این مورد مقرر می‌دارد: **«اگر ضامن به مضمون‌له کمتر از دین داده باشد، زیاده بر آنچه داده نمی‌تواند از مدیون مطالبه کند، اگرچه دین را صلح به کمتر کرده باشد».**

همچنین، اگر طلبکار ضامن را ابراء کند، ضامن نمی‌تواند به این استناد که اسباب برائت مضمون‌عنه را فراهم کرده است، به او رجوع کند، زیرا غرامتی ندیده است. مادهٔ ۷۱۸ قانون مدنی نیز در بیان همین نتیجه مقرر می‌دارد که: **«هرگاه مضمون‌له ضامن را از دین ابراء کند ضامن و مضمون‌عنه هر دو بری می‌شوند.».**

در این ماده، مقصود برائت ذمهٔ مضمون‌عنه در برابر ضامن است، زیرا برائت او در برابر طلبکار، با عقد ضمان حاصل می‌شود و نیاز به ابراء از سوی مضمون‌له ندارد. بنابراین، بخشی از مادهٔ ۷۱۹ که تصریح می‌کند: **«هرگاه مضمون‌له ضامن را ابراء کند... ضامن حق رجوع به مضمون‌عنه را ندارد»** در واقع تکرار بیهودهٔ ماده ۷۱۸ است.

مبحث سوم: تعدد ضامنان

۱۶۶. موارد این تعدد:

تعدد ضامنان در دو مورد ممکن است به وجود آید:

۱) در موردی که چند نفر از مدیونی ضمانت می‌کنند و یک دین را بر عهده می‌گیرند.

۲) در فرضی که شخصی از ضامن ضمانت می‌کند و دیگری از آن شخص و به همین گونه ضمانت‌ها ادامه می‌یابد، که آن را در اصطلاح تسلسل یا «ترامی» می‌نامند. در حالت خاصی که مضمون‌عنه از ضامن ضمانت می‌کند، ضمان را «دور» می‌گویند و در صحت آن اختلاف دارند.

بنابراین، مسائل مربوط به «تعدد ضامنان...» را در دو گفتار مورد بررسی قرار می‌دهیم:

۱. تعهد ضمانت‌ها از یک دین؛

۲. ترامی یا تسلسل و دور.

گفتار نخست : تعدد ضمانت‌ها از یک دین

۱۶۷. ضمان به قید تسهیم :

در این فرض، اگر سهم هر کدام از ضامنان معین شده باشد، از آن پیروی می‌شود. ولی، هرگاه سهم‌ها معین نباشد، دین به تساوی تقسیم می‌شود، زیرا هیچ دلیلی بر ترجیح یکی از آنان بر دیگری وجود ندارد (ملاک مادهٔ ۱۵۳ ق.م.).

به هر حال، طلبکار (مضمون‌له) به هر یک از ضامنان به اندازهٔ سهمی که به عهده دارد رجوع می‌کند (مادهٔ ۷۲۱ ق.م.) زیرا، در واقع چند ضمان در یک عقد جمع شده است و، با تحلیل تعهد مستقل هر کدام، این پیوستگی برای هیچ کدام مسؤولیتی نسبت به سهم دیگران ایجاد نمی‌کند.

با وجود این، اگر یکی از ضامنان نفعی در پرداخت تمام دین داشته باشد و آن را بپردازد، وضع او در برابر دیگران مانند کسی است که دین مدیونی را می‌پردازد. پس، اگر به اذن وفاکند، حق رجوع به مدیون را دارد و هرگاه اذن نگیرد حق مطالبه از مدیون را ندارد و مانند بیگانه‌ای است که دین بدهکاری را به تبرع پرداخته است. مادهٔ ۷۲۱ نیز همین فرض را پیش‌بینی کرده است و می‌گوید: «... **اگر یکی از ضامنین تمام قرض را تأدیه نماید، هریک از ضامنین دیگر که اذن تأدیه داده باشد می‌تواند به قدر سهم او رجوع کند**». بدین ترتیب، عقد ضمان هیچ پیوندی بین ضامنان به وجود نمی‌آورد و نباید هرکدام را نمایندهٔ دیگران پنداشت.

۱۶۸. ضمان به قید شمول تمام دین :

در صورتی که چند نفر به ترتیب و در زمانهای گوناگون تمام دین را بر عهده گیرند، بر مبنای انتقال دین، نخستین ضامنی که مضمون‌له قبول می‌کند تمام دین را بر عهده می‌گیرد و ضمان دیگران از مضمون‌عنه بدون موضوع است و امکان ندارد.

ولی، هرگاه به تضامنی بودن ضمان تصریح شود، ضامن‌های بعدی نیز ملحق به پیشینیان خود می‌شوند.

همچنین، اگر چند ضامن تمام دینی را ضمن یک عقد به عهده گیرند، از مواردی است که ضمان به طور تضامن واقع می‌شود. قانون مدنی این فروض را پیش‌بینی نکرده لیکن در مادهٔ ۶۸۹ آمده است که: «هرگاه چند نفر ضامن شخصی شوند، ضمانت هر کدام که مضمون‌له قبول کند صحیح است». ولی، باید دید، اگر مضمون‌له به جای قبول ضمانت یکی از آنان تعهد همه را بپذیرد، آیا می‌تواند به هریک از ضامنان که بخواهد رجوع کند؟ و این رجوع تا چه اندازه ممکن است؟

هرگاه «نقل ذمه» اثر ضمان مطلق باشد و به تراضی بتوان ضامن را نیز به عنوان وثیقهٔ طلب در کنار مضمون‌عنه مسؤول قرار داد، نظری را باید تأیید کرد که ضمان را تابع مفاد تراضی می‌داند.

قبول ضمانهای متعدد از یک دین، منافاتی با اصل «نقل ذمه» ندارد. زیرا، آنچه در این اصل مورد تأیید قرار می‌گیرد، برائت ذمهٔ مضمون‌عنه و انتقال دین از ذمهٔ او به ذمهٔ ضامن است و این امر منافاتی با مسؤولیت مشترک ضامنان یا انتقال تمام دین به ذمهٔ چند ضامن ندارد. پس، مفاد مادهٔ ۱۰ قانون مدنی و اصل صحت (مادهٔ ۲۲۳ همان قانون) نیز می‌تواند نفوذ چنین ضمانی را تأیید کند.

۱۶۹. ضمان تضامنی :

در موردی که چند نفر ضامن مدیون می‌شوند، تضامن ممکن است به یکی از سه صورت تحلیل شود:

۱. تضامن بین هریک از ضامنان و مضمون‌عنه، بدین ترتیب که مضمون‌له بتواند به ضامن و مضمون‌عنه رجوع کند و تمام یا بخشی از دین را بخواهد. در این حالت، بین ضامنان رابطه‌ای وجود ندارد، جز اینکه آنان در یک عقد با هم جمع آمده‌اند یا در چند عقد یک دین را به عهده گرفته‌اند.

۲. تضامن بین ضامنان متعددی که یک دین را بر عهده گرفته‌اند، به گونه‌ای که هر کدام ضامن دیگران باشد، بدون این که برای مضمون‌عنه دینی در برابر طلبکار باقی بماند: بدین معنی که دین منتقل به ذمهٔ ضامنانی شود که در تحمل این تعهد و اجرای آن

مسؤولیت مشترک دارند.

۳. گاه این دو تضامن همراه یکدیگر است، یعنی هم بین ضامنان و مضمون‌عنه و هم بین خود آنان وجود دارد: مضمون‌عنه مدیون اصلی و مرکز این ارتباط حقوقی است و هریک از ضامنان، در عین حال ضامن او و ضامن دیگران است. به طور معمول، هنگامی که از ضمان تضامنی بحث می‌شود، مقصود ضمانی است که در آن چنین ارتباطی بین مضمون‌عنه و ضامنان وجود داشته باشد. تضامن، در حقوق مدنی برخلاف اصل است و نیاز به تصریح دارد.

بنابراین، اگر چند نفر به طور تضامنی عهده‌دار پرداخت دین بدهکاری شوند و اشاره‌ای به وضع مدیون نکنند، با توجه به اثری که ضمان در حقوق ما دارد، ذمهٔ مضمون‌عنه بری می‌شود و دین بر ذمهٔ ضامنان انتقال می‌یابد. همچنین، اگر چند ضامن قید کنند که همهٔ دین را به عهده می‌گیرند و ذمهٔ مضمون‌عنه نیز در کنار آنان باقی می‌ماند، مضمون‌له می‌تواند به همهٔ ضامنان و مضمون‌عنه رجوع کند و تمام یا بخشی از دین را بخواهد. ولی تضامن بین ضامنان وجود ندارد و رابطهٔ آنان بسان اشخاصی که از هم ضمانت کرده‌اند نیست. در موردی هم که سخنی از تضامن به میان نمی‌آید و چند نفر به قید شمول تمام دین یا به طور مطلق آن را بر عهده می‌گیرند، دین از ذمهٔ مضمون‌عنه به ضامنان منتقل می‌شود و بین آنان نیز تضامن (به معنی واقعی و کامل آن) وجود ندارد.

۱۷۰. ضمان به طور مطلق :

فرض این است که چند ضامن، بدون این که تصریح به تسهیم یا تضامن کنند، دینی را بر عهده گیرند و پس از آن اختلاف شود که آیا مقصود اشتراک آنان در پرداخت تمام دین یا سهمی از آن بوده است؟ در این فرض، اگر دلیلی نتواند مبنای تراضی را معین سازد، دادرس چگونه باید آن را تعبیر کند؟ آیا ظاهر از چنین ضمانتی عهده‌دار شدن تمام دین از سوی هریک از ضامنان است یا باید آن را به معنی تقسیم دین بین ضامنان دانست؟

برای تحلیل اشکال و یافتن پاسخ درست آن، باید بین موردی که ضامنان به ترتیب و

در زمانهای مختلف عهده‌دار دین می‌شوند و مـوردی کـه ضـمانها در یک عـقد واقـع می‌شود تفاوت گذارد:

۱. در فرض نخست، هنگامی که ضامنی به تنهایی عهده‌دار دین می‌شود: بـی‌گمان ظاهر این است که همهٔ دین را بر عهده می‌گیرد و قید تضامن بـا مـدیون از ایـن ظـهور نمی‌کاهد.

۲. در فرض دوم، که ضمانها در یک زمان و با هم انجام می‌شود، ممکن است ایـن اختلاف به وجود آید که ضامنان تعهد خود را به تسهیم تعبیر کنند و مضمون‌له آن را ناظر به تمام دین بداند و هیچ قرینه و دلیل خاصی بر تأیید یکی از این دو ادعا وجود نداشته باشد.

نباید چنین پنداشت که، اگر هیچ‌یک از دو طرف دعوا نتواند ثابت کند که مقصود دیگری نیز مطابق با ادعای او بوده است، عقد به دلیل حاصل نشدن توافق باطل است[1]. این توهم ناشی از اختلاط دو مرحلهٔ ثبوت و اثبات است. این امر بدیهی را نمی‌توان انکار کرد که، اگر پدیده‌ای اثبات نشود، دلیل بر عدم وجود آن در واقع نیست. در فرض ما، در مرحلهٔ اثبات کیفیت تراضی احراز نشده است لیکن ناتوانی مدعیان در اثبات ادعای خود دلالت ندارد که در واقع نیز بین دو طرف تراضی وجود نداشته است. زیرا، احتمال دارد یکی از آن دو نخواهد مفاد تراضی را محترم دارد. وانگهی، در این دعوا، اختلاف در چگونگی تراضی است نه اصل آن. پس، نباید وجود اختلاف و ثابت نشدن صحت یکی از دو ادعا را نشانهٔ بطلان عقد قرار داد؛ بایستی دید کدامیک برخلاف ظاهر ادعا می‌کند و به واقع «مدعی» است و در صورت نداشتن دلیل بـاید مـحکوم شود؟[2]

در تعبیر ارادهٔ طرفین، ممکن است ادعا شود که ظاهر از ضمان دین (به طور مطلق) عهده‌دار شدن تمام آن است و هریک از ضامنان به طور اسـتقلال هـمهٔ آن را بـر ذمـه می‌گیرد و همراه بودن این تعهد با ضمانت دیگران مفاد التزام ضامن را تغییر نمی‌دهد[3]. برعکس، می‌توان گفت هنگامی که چند نفر عهده‌دار دینی می‌شوند، ظاهر این است که

۱. مصطفی عدل، حقوق مدنی، ش ۷۶۵، ص ۴۶۰.

۲. مواد ۲۲۳ و ۲۲۴ قانون مدنی در مورد اصل صحت در قرارداد و ضرورت حمل الفـاظ عـقود بـر معانی آن.

۳. ناصر کاتوزیان، اثر عقد ضمان، مجلهٔ کانون وکلا، ش ۴۱، ۱۳۳۴، ص ۸۷.

مجموع دین را به اجتماع بر دوش خود می‌نهند و در تحمل این بار شریکند (عام مجموعی)، وگرنه لزومی نداشت که با هم، و به عنوان یک گروه و کل، ضمانت کنند. به بیان دیگر، هرکدام از ضامنان بر روی ضمانت دیگران نیز حساب می‌کند و خود را مستقل نمی‌پندارد.

با این که نظریهٔ تقسیط بین ضامنان با اصل (عدم زیادی تعهد) موافق است، تعبیر ارادهٔ دو طرف به اینکه هریک از ضامنان تمام دین را به عهده می‌گیرد با مفاد عرفی خواست آنان سازگارتر به نظر می‌رسد. زیرا، هنگامی که شخص اعلام می‌کند دینی را بر عهده می‌گیرد و می‌پردازد، این گفته در نظر عرف ناظر به تمام دین است، مگر این که موضوع تعهد شکسته شود و به بخشی از آن اختصاص یابد. تعدد ضامنان و با هم بودن آنان نیز برای شکسته شدن و تقسیط موضوع تعهد کافی نیست، چرا که احتمال فراوان دارد که مقصود از این تجمع افزودن بر وثیقهٔ دین و اعتبار تضمین آن باشد.

با وجود این، نباید ضمانی را که بدین‌گونه واقع می‌شود، تضامنی کامل پنداشت، زیرا هریک از متعهدان تنها ضامن مدیون است نه ضامن دیگران. بنابراین، رابطهٔ حقوقی ضامنان را نمی‌توان به رابطهٔ ضامن و مضمون‌عنه تشبیه کرد. در نتیجه، اگر مرور زمان دعوای مضمون‌له نسبت به یکی از آنان قطع شود، نسبت به دیگران اثر ندارد[۱]. همچنین، اگر مضمون‌له یکی از ضامنان را ابراء کند، دیگران بری نمی‌شوند، زیرا ضامن بری شده مضمون‌عنه دیگران نیست[۲].

۱۷۱. ضمان چند نفر به ترتیب :

ممکن است چند نفر ضمان از دینی را بر عهده گیرند، بدین صورت که التزام آنان در طول یکدیگر باشد و مضمون‌له در هیچ حالتی نتواند به بیش از یکی از ضامنان رجوع کند.

باید دانست که انتقال دین نمی‌تواند معلق به عدم تأدیه یا اعسار یا فوت ضامن قبلی شود (مادهٔ ۶۹۹ ق.م.). برای مثال، کسی نمی‌تواند ضمانت خود را از مضمون‌عنه معلق به امتناع یا فوت یا اعسار ضامن کنونی سازد، به ویژه که در این فرض، چون دین به ذمهٔ

۱. ابری و رو، ج ۶، به وسیلهٔ اسمن، ص ۲۸۵.
۲. ابن قدامه، المغنی، ج ۴، ص ۴۱۰.

ضامن سابق منتقل شده است، انتقال باید از ذمهٔ او انجام پذیرد و ضمان از مضمون‌عنه اصلی امکان ندارد.

ولی، بر مبنای امکان ضمان جمعی چند نفر از یک دین، هیچ مانعی ندارد که در التزام به تأدیه ترتیبی بین آنان مقرر شود: بدین صورت که چند ضامن تمام دین را بر عهده گیرند و قرار شود که مضمون‌له در رجوع به آنان ترتیب خاصی را رعایت کند. همچنین، جایی که دین بر ذمهٔ مدیون اصلی باقی می‌ماند و چند نفر ملتزم به تأدیهٔ آن می‌شوند، تعلیق در این التزام و رعایت ترتیب بین ضامنان امکان دارد (مادهٔ ۷۲۳ ق.م.).

گفتار دوم : ترامی (تسلسل) و دور

۱۷۲. مفهوم ترامی در ضمان و آثار آن:

«ترامی» یا «تسلسل» در ضمان به موردی گفته می‌شود که شخصی از ضامن ضمانت کند و دیگری از ضامن دوم... و به همین گونه ضمانت‌ها ادامه یابد. در نفوذ این ضمان تردیدی وجود ندارد (مادهٔ ۶۸۸ ق.م.)، ولی آثار آن را در ضمان نقل ذمه یا ضم آن باید جداگانه بررسی کرد:[1]

۱. در صورتی که ضمان بدون قید و شرط انجام پذیرد و اثر آن انتقال دین باشد، با نخستین ضمان، مضمون‌عنه بری می‌شود و دین بر عهدهٔ آخرین ضامن قرار می‌گیرد. پس، مضمون‌له تنها حق رجوع به او را دارد. ضامن پرداخت کننده نیز تنها به مضمون‌عنه خود (ضامن پیش از او) رجوع می‌کند و ارتباطی با مضمون‌عنه اصلی ندارد. مادهٔ ۷۲۲ قانون مدنی در همین زمینه اعلام می‌کند: **«ضامن حق رجوع به مدیون اصلی ندارد و باید به مضمون‌عنه خود رجوع کند و به همین طریق هر ضامنی به مضمون‌عنه خود رجوع می‌کند تا به مدیون اصلی برسد».**

نتیجهٔ منطقی حکم مادهٔ ۷۲۲ این است که معیار رجوع هر ضامن اذن مضمون‌عنه خود او است نه مدیون اصلی[2]. زیرا، با نخستین ضمان او بری می‌شود و نسبت به ضامن‌های بعدی بیگانه است، مگر این که به موجب تعهد خاصی حق رجوع ضامن را به خود ایجاد کند و به صراحت بگوید، از ضامن ضمانت و به من رجوع کن، که در این صورت، بر مبنای این تعهد اضافی، ضامن حق رجوع به او را نیز پیدا می‌کند.

۱. علامهٔ حلی، تذکره، ج ۲، ص ۹۵؛ تحریر، ص ۲۲۳.
۲. شهید ثانی، مسالک، ج ۱، ص ۲۵۵.

در این فرض، ابراء مضمون‌عنه عملی بیهوده است و باعث برائت ضامنان نمی‌شود. همچنین، ابراء هریک از ضامنان قبلی اثری در تعهد آخرین ضامن، یعنی تنها مدیون دین، ندارد.

۲. در صورتی که ضمانت‌ها به قید تضامن باشد، ذمهٔ هر ضامن که بر شمارهٔ ضامنان افزوده شود ضمیمهٔ ذمهٔ آنان می‌شود. پس، مضمون‌له می‌تواند به مضمون‌عنه یا تمام ضامنان رجوع کند، مگر این که ضامنان وثیقهٔ دین باشند که در این صورت ابتدا به مضمون‌عنه اصلی رجوع می‌شود.

اگر طلبکار مضمون‌عنه را ابراء کند همهٔ ضامنان نیز بری خواهند شد، زیرا ذمهٔ آنان فرع بر دین مضمون‌عنه است. همچنین، هرگاه نخستین ضامن ابراء شود، دیگران نیز برائت می‌یابند ولی مضمون‌عنه همچنان مدیون باقی می‌ماند، چرا که زوال وثیقه و فرع باعث زوال دین و اصل نمی‌گردد. به همین سیاق، اگر آخرین ضامن بری شود، دین دیگران باقی می‌ماند و ابراء هر ضامن باعث ابراء ضامنان پس از او است[1].

۱۷۳. دور (ضمان مضمون‌عنه از ضامن):

گفته شد که در اثر عقد ضمان، مضمون‌عنه بری می‌شود و تنها ضامن در برابر طلبکار متعهد به پرداخت دین است. پس، چه مانعی دارد که مضمون‌عنه بسان بیگانه‌ای، از ضامن (مدیون جدید) در برابر طلبکار ضمانت کند؟

با وجود این، پاره‌ای از فقها این ضمان را درست ندانسته‌اند[2]، به این دلیل که بیهوده است و بر این دو عمل حقوقی فایده‌ای بار نمی‌شود (زیرا دین دوباره به جای خود باز می‌گردد) و فرع نیز به جای اصل می‌نشیند. فقهای عامه نیز، چون پس از ضمان نیز مضمون‌عنه را مدیون می‌دانند، ضمان او را از همان دین معقول نمی‌بینند، زیرا مدیون را دوباره نمی‌توان الزام به همان دین کرد[3]. ولی، این استدلال سست است و نمی‌تواند بطلان چنین ضمانی را توجیه کند:

۱. نشستن اصل به جای فرع، در روابط اعتباری و انسانی تخلفی نابخشودنی نیست تا سبب بطلان عقد شود. از نظر مصالح عموم و نظم اجتماعی چه تفاوت می‌کند که ذمهٔ مضمون‌عنه فرع باشد یا ضامن؟ اگر مضمون‌عنه از ضامن ضمانت کند، از دیدگاه نقل ذمه، دوباره دین به

۱. ابن قدامه، المغنی، ج ۴، ۴۱۰.
۲. شیخ طوسی در مبسوط (نقل از جواهرالکلام، ج ۲۶، ص ۱۴۱).
۳. ابن قدامه، المغنی، ج ۴، ص ۴۱۰.

جای خود باز می‌گردد و هیچگاه هر دو ذمه در برابر طلبکار مشغول نیست تا یکی اصل و دیگری فرع باشد. بر مبنای ضم ذمه به ذمه نیز عنوان ضامن و مضمون‌عنه در هریک از آن دو جمع و باعث می‌شود تا رابطهٔ تضامنی به طور کامل بین آنان به وجود آید و ابراء هر کدام باعث برائت دیگری نیز بشود و مضمون‌له در رجوع به هر کدام که بخواهد آزاد باشد. ولی، در رابطهٔ میان خودشان، سرانجام دین را باید مدیون اصلی تحمل کند و از ضامنی که غرامت کشیده جبران خسارت بشود. بنابراین، گرهی ناگشوده باقی نمی‌ماند تا ضمان متقابل آن دو را نامعقول سازد.

۲. در فرض ما، نخستین ضمان بی‌گمان مؤثر است و باعث می‌شود که دین به ذمهٔ ضامن انتقال یابد یا ضامن وثیقهٔ دین قرار گیرد. پس، همهٔ بحثها بر روی ضمان مضمون‌عنه از ضامن است که آیا اثر عملی بر آن بار می‌شود یا بیهوده است؟

بحث در این باره نیز زاید است، زیرا هیچ‌کس نمی‌تواند منکر این حقیقت شود که ضمان دوم دوباره مضمون‌عنه را مدیون می‌سازد. بر مبنای ضم ذمه جای این تردید وجود دارد که ضمان دوم چه چیز را تغییر می‌دهد و مضمون‌عنه مدیون را به چه چیز اضافی ملتزم می‌سازد. ولی بر پایهٔ «انتقال دین» این تردید نیز بیجا است و به نظر می‌رسد که در اثر نفوذ فقه عامه در نوشته‌های فقیهان امامیه مطرح شده است. بنابراین، برای اثبات فایدهٔ این ضمان لزومی ندارد که به امکان مؤجل بودن ضمان از دین حال یا حالت عکس آن، یا انحلال تضمینات دین و مانند اینها استناد شود. زیرا، در ارزیابی فواید هر عمل حقوقی باید آثار ویژهٔ آن را، قطع نظر از اعمال دیگر، مورد توجه قرار داد؛ چنان که اگر خریدار مالی آن را به بایع بفروشد، هیچ‌کس بیع را بیهوده و لغو نمی‌بیند.

تردیدی که بر مبنای ضم ذمه به ذمه نیز به وجود می‌آید قابل رفع است. زیرا، با این که ضمان مضمون‌عنه چیزی بر دین او نمی‌افزاید، رابطهٔ میان او و طلبکار را تغییر می‌دهد و، چنان که گفته شد، موجب تضامن مدیون و ضامن می‌شود[1].

۱. در فقه امامیه، نسبت به درستی ضمان مضمون‌عنه از ضامن یا ضامن او تردید وجود ندارد: محمد جواد عاملی، مفتاح‌الکرامة، ج ۵، ص ۳۸۵ ـ شهید ثانی، مسالک، ج ۱، ص ۲۵۵ ـ شیخ محمد حسن نجفی، جواهرالکلام، ج ۲۶، ص ۱۴۱ ـ علامهٔ حلی، تحریر، ص ۲۲۳؛ تذکره، ج ۲، ص ۹۷ ـ محقق ثانی، جامع‌المقاصد، ج ۱، ص ۳۱۶ ـ سید محمد کاظم یزدی، عروة‌الوثقی، ج ۲، ص ۳۲۸.

عقد حواله

عقد حواله

۱۷۴. تعریف حواله :

مادهٔ ۷۲۴ قانون مدنی در تعریف این عمل حقوقی می‌گوید: «**حواله عقدی است که به موجب آن طلب شخصی از ذمهٔ مدیون به ذمهٔ شخص ثالثی منتقل می‌گردد. مدیون را، محیل طلبکار را محتال، شخص ثالث را محال‌علیه می‌گویند**». از این تعریف اوصافی برای «حواله» به دست می‌آید که برای شناسایی این عمل حقوقی ضرورت دارد:

۱. حواله یکی از عقود معین است: بدین ترتیب، نظری که به موجب آن حواله باید در شمار ایقاعات قرار گیرد[1]، در قانون مدنی پذیرفته نشده است. با این که نتیجهٔ حواله وفای به عهد از سوی محیل است، چون این نتیجه به طور مستقیم به دست نمی‌آید و باید طلب محتال به ذمهٔ مدیون جدید مستقر شود، برانگیختن این وسیلهٔ انتقال تنها به ارادهٔ محیل انجام نمی‌پذیرد. توافقی لازم است که دین محیل را بر عهدهٔ محال‌علیه قرار دهد و طلبکار را ملتزم به رجوع به او کند. به همین جهت نیز قانونگذار آن را «عقد» می‌نامد تا به این عمل حقوقی اصالت بخشد.

۲. اثر حواله، انتقال دین از ذمهٔ محیل به شخص ثالثی است که حواله بر عهدهٔ او صادر می‌شود: بدین معنی که «**پس از تحقق حواله ذمهٔ محیل از دینی که حواله داده بری و ذمهٔ محال‌علیه مشغول می‌شود**» (مادهٔ ۷۳۰ ق.م.).

با وجود این، نباید چنین پنداشت که مفاد مواد ۷۲۴ و ۷۳۰ قانون مدنی با نظم عمومی یا

۱. سید محمد کاظم یزدی، عروةالوثقی، ج ۲، ص ۳۳۵.

مقتضای ذات حواله ارتباط نزدیک دارد. همان‌گونه که در ضمان نیز گفته شد، مفاد عرفی حواله این است که، به جای محیل، محال‌علیه عهده‌دار دین شود. ولی، مانعی ندارد که در حواله‌ای شرط شود که محیل نیز ضامن تأدیهٔ دین باشد و محتال بتواند به او هم رجوع کند. وجود شرط به منزلهٔ این است که، پس از تحقق حواله و انتقال دین به ذمهٔ محال‌علیه، محیل که اکنون بیگانه و بری شده است، از مدیون ضمانت کند و ضمان هم تضامنی باشد.

۳. حواله عقدی تبعی است و تنها در صورتی واقع می‌شود که محیل مدیون به محتال باشد. این وصف، هم از مفاد مادهٔ ۷۲۴ استفاده می‌شود و هم از تأکید مادهٔ ۷۲۶ که مقرر می‌دارد: **«اگر در مورد حواله، محیل مدیون محتال نباشد، احکام حواله در آن جاری نخواهد بود».**

پس، اگر شخصی به سود دوستی که طلبکار او نیست حواله‌ای صادر کند، ماهیت کار او را نباید «حواله» نامید، هرچند که از نظر صورت حاوی دستور به پرداخت مالی به آن دوست باشد. در این رابطهٔ حقوقی، هدف پرداختن دین و انتقال آن نیست. صادرکنندهٔ حواله، می‌خواهد بدین وسیله مالی را به دوست خود قرض بدهد یا ببخشد یا وکالت دهد که مورد حواله را به نمایندگی او وصول کند. به همین جهت، رابطهٔ آن دو، به اقتضای موارد، تابع عقد قرض یا هبه یا وکالت است و، به تعبیر قانون مدنی، **«احکام حواله در آن جاری نخواهد بود».**

۱۷۵. نقد تعریف؛ ارتباط حواله و ضمان :

حواله و ضمان، از نظر انتقال دین، با هم شباهت کامل دارند: ضمان سبب انتقال دین از ذمهٔ مدیون (مضمون‌عنه) به ذمهٔ ثالث (ضامن) می‌شود و حواله نیز باعث انتقال دین از ذمهٔ مدیون (محیل) به ذمهٔ ثالث (محال‌علیه) است. از نظر تبعی بودن عقد نیز هر دو یکسان است. باید طلبی وجود داشته باشد تا بر مبنای آن و به منظور تأدیهٔ آن ضمان و حواله واقع شود و سقوط طلب نیز به انحلال عقد می‌انجامد.

فقهای امامیه نیز حواله و ضمان و کفالت را از اقسام «ضمان به معنی عام» شمرده‌اند (ش ۱۳۳) و در تعریفهای خود، به ویژه در مورد حواله و ضمان، عبارتهای مشابه به کار برده‌اند.

این ارتباط حقوقی و تاریخی موجب شده است که تعریف مادهٔ ۷۲۴ نیز نتواند تفاوت حواله و ضمان را آشکارا بیان کند. به ویژه، چون نویسندگان قانون مدنی از نظر فقیهانی پیروی کرده‌اند که دین محال‌علیه به محیل را از شرایط صحت حواله نمی‌دانند (مادهٔ ۷۲۷ ق.م.)، در تعریف مادهٔ ۷۲۴ نیز اشاره‌ای به لزوم دین ثالث (محال‌علیه) به مثل آن‌چه حواله بر ذمه او قرار می‌دهد نکرده‌اند و همین امر بر شباهت تعریف دو عقد ضمان و حواله افزوده است.

با وجود این، نباید چنین پنداشت که از نظر ساختمان حقوقی و آثار، بین دو عقد ضمان و حواله تفاوتی وجود ندارد. با همهٔ شباهت‌های موجود، امتیازها نیز چندان است که وجود دو عقد مستقل و معیّن را در کنار یکدیگر ضروری می‌سازد:

۱. در عقد ضمان، ثالث (ضامن) دین بدهکار را در برابر طلبکار به عهده می‌گیرد و توافق بین آن دو انجام می‌شود و بدهکار نقشی در انتقال ندارد. ولی، در حواله، ابتکار و پیشنهاد با بدهکار است؛ او دین را به ثالث (محال‌علیه) احاله می‌کند و اراده‌اش مبنای تراضی قرار می‌گیرد.

۲. در حوالهٔ کامل، محال‌علیه نیز مدیون بدهکار (محیل) است؛ با قبول حواله، از دینی که در برابر محیل دارد بری می‌شود و در عوض دین محیل در برابر محتال بر عهدهٔ او قرار می‌گیرد. بدین ترتیب، در چنین صورتی، علاوه بر انتقال دین محیل به محال‌علیه، طلب محیل از او نیز به محتال انتقال می‌یابد و عقد حواله ترکیبی از انتقال دین و طلب می‌شود.

۳. در حواله، گاه دو مدیون (محیل و محال‌علیه) وگاه یک مدیون (محیل) وجود دارد و در هر دو حال رضای مدیون شرط تحقق حواله است. ولی در ضمان، هیچ‌گاه بیش از یک مدیون (مضمون‌عنه) وجود ندارد و رضای او هم شرط نیست.

برای نمایاندن اجمالی تفاوتهای حواله و ضمان، بهتر این است که در تعریف حواله گفته شود: **«عقدی است که به موجب آن مدیونی با رضای طلبکار ذمهٔ خویش را به دیگری منتقل می‌سازد تا طلبکار به مدیون جدید رجوع کند».**

۱۷۶. حواله و برات:

در قانون تجارت سندی بنام برات پیش‌بینی شده است که با «حواله» در قانون مدنی شباهت

کامل دارد. در تعریف برات گفته شده است: «**سندی است که به موجب آن صادر کننده حق مطالبهٔ مبلغ معینی را از محال‌علیه به دارنده می‌دهد.**[۱]» با این که تعریف یاد شده بر مبنای «انتقال طلب» و قائم مقامی دارندهٔ برات از صادر کننده تنظیم شده است، از نظر ساختمان حقوقی با «حواله» بسیار نزدیک است. زیرا، مفهوم «تسلیط محتال بر ذمهٔ محال‌علیه» در هر دو عمل حقوقی وجود دارد. در حواله نیز، محتال حق پیدا می‌کند که مبلغ معینی را از محال‌علیه بگیرد و این حق نیز از محیل به او داده می‌شود.

با وجود این، نباید تفاوتهای آشکار این دو عمل حقوقی را از نظر دور داشت:

۱. در حواله، انتقال دین واقع می‌شود و پس از قبول محال‌علیه دین بر ذمهٔ او قرار می‌گیرد و محیل در برابر طلبکار بری می‌شود، در حالی که برات صادر کننده را نیز پای‌بند می‌سازد. به موجب مادهٔ ۲۴۹ قانون تجارت: «برات دهنده، کسی که برات را قبول کرده و ظهرنویس‌ها در مقابل دارندهٔ برات مسؤولیت تضامنی دارند.»

۲. دارندهٔ برات می‌تواند، علاوه بر صادر کننده و محال‌علیه، به ظهرنویس‌ها نیز به طور انفراد و اجتماع رجوع کند و گاه نیز حقوقی بیش از ظهرنویس پیش از خود دارد؛ چنان که پرداخت برات به یکی از ظهرنویس‌ها، اگر در ورقهٔ برات نیاید و به پرداخت و انحلال آن نینجامد، در برابر دارندهٔ برات قابل استناد نیست و بر همین مبنا گفته می‌شود که حق یا طلب در سند پرداخت تشخیص می‌یابد و «دارنده» حق رجوع به صادر کننده و محال‌علیه و ظهرنویس‌ها و ضامنان را پیدا می‌کند[۲]. ولی، در حواله چنین تضمیناتی وجود ندارد.

۳. ممکن است صادر کننده در برات مدیون به دارنده نباشد و بدین وسیله بخواهد به او اعتبار دهد. اثبات این امر از اعتبار برات نمی‌کاهد و صدور برات او را متعهد به پرداخت وجه به دارنده می‌کند و سایر احکام برات نیز در این فرض اجرا می‌شود. در حالی که، در حواله، اگر محیل مدیون محتال نباشد، عقد را نباید «حواله» نامید.

۴. صدور برات عمل حقوقی تشریفاتی است (مواد ۲۲۳ تا ۲۲۷ ق.ت.) و باید همراه با اعلامهای معین در قانون باشد، ولی حواله هیچ تشریفات خاصی ندارد.

۱. ریپر و روبلو، رسالهٔ مقدماتی حقوق تجارت، ج ۲، چاپ ششم، ۱۹۷۰، ش ۲۱۸۰.
۲. همان کتاب، ش ۲۱۹۸.

فصل اول

ماهیت و انعقاد حواله

مبحث اول: ماهیت حواله

۱۷۷. حواله وسیلهٔ وفای به عهد است :

بیگمان، حواله وسیله‌ای برای وفای به عهد است. زیرا، اگر محیل مدیون به محتال نباشد، آنچه واقع می‌شود صورتی از حواله را دارد و محتوای آن تابع احکام این عقد نیست (مادهٔ ۷۲۶ ق.م.). در این پیمان، منظور از توافق استیفای طلب از سوی محتال و پرداخت آن از جانب محیل است. به همین جهت نیز مادهٔ ۷۱۰ قانون مدنی تحقق حواله را نوعی «اداء دین» نامیده است و در همین زمینه مقرر می‌دارد: «اگر ضامن با رضایت مضمون‌له حواله کند به کسی که دین را بدهد و آن شخص قبول نماید، مثل آن است که دین را ادا کرده است و حق رجوع به مضمون‌عنه دارد و همچنین است حوالهٔ مضمون‌له به عهدهٔ ضامن».

چهرهٔ دیگر حواله معوض بودن آن است: محیل به رایگان حواله صادر نمی‌کند و در برابر آن وسیلهٔ سقوط طلب محتال را فراهم می‌آورد. از سوی محتال نیز، رضای به سقوط طلب در برابر انتقال دین به ذمهٔ محل علیه است و به رایگان داده نمی‌شود. حتی، در موردی هم که محال‌علیه دینی به محیل ندارد، قبول حواله از سوی او نیز مجانی

نیست؛ در برابر محتال تعهد می‌کند تا دین محیل را بپردازد، بدین انگیزه که وسیلهٔ برائت او را فراهم آورد.

۱۷۸. حواله مبتنی بر انتقال دین است ؟

برای تحلیل درست مطلب، باید بین حالتی که محال‌علیه مدیون بـه مـحیل است و موردی که حواله بر عهدهٔ بری صادر می‌شود تفاوت گذارد:

۱. در حالت نخست، از سویی محیل دین خود را به محال‌علیه مـنتقل مـی‌کند و از سوی دیگر طلب خود را به محتال. عمل حقوقی دو چهره دارد و از نظر تحلیلی آمیزه‌ای است از انتقال طلب و دین. منتها، پاره‌ای از نویسندگان بر انتقال جنبهٔ منفی تعهد تکیه کرده‌اند و، بر این مبنا، قبول انتقال‌گیرنده (محال‌علیه) را در این تحویل شرط دانسته‌اند و بعض دیگر بر جانشینی محتال و انتقال طلب محیل به او را جوهر حواله پنداشته‌اند و به همین جهت رضای محال‌علیه را در این انتقال و دگرگونی لازم ندیده‌اند[1].

۲. در حالت دوم : که حواله بر عهدهٔ محال‌علیه بری صادر می‌شود، تـصور انـتقال طلب وجود ندارد. زیرا، بنا به فرض، محیل از محال‌علیه طلبی ندارد که انتقال دهد و محتال را قائم مقام خود سازد. طلب محتال نیز به کسـی منتقل نمی‌شود و در این تحول طلبکار ثابت می‌ماند. برعکس، محال‌علیه به جای محیل مدیون می‌شود و دین او را در برابر محتال به عهده می‌گیرد. این تحول را که شباهت زیاد بـه ضـمانت مـحال‌علیه از محیل دارد، در اصطلاح «انتقال دین» می‌نامیم. در این حالت، هیچ‌یک از مؤلفان، جز آنان که حواله را ایقاع پنداشته‌اند، در لزوم قبول محال‌علیه تردید ندارند و حتی گاه آن را مهم‌تر از ارادهٔ محیل و محتال شمرده‌اند.

باید افزود که، پاره‌ای از فقیهان حوالهٔ بر بری را درست ندانسته‌اند، ولی قانون مدنی از نظر مشهور پیروی کرده است[2] و در مادهٔ ۷۲۷ می‌گوید: «در صحت حواله لازم نیست

۱. شهید ثانی، شرح لمعه، ج ۴، ص ۱۳۶ (لان المحیل قد اقام المحتال مقام نفسه فی القبض بالحوالة فلاوجه للافتقار الی رضی من علیه الحق)؛ و از نویسندگان حقوق مدنی؛ دکتر سید حسن امامی، ج ۲، ص ۲۸۷ ـ دکتر جعفری لنگرودی، عقد حواله، ش ۳۴ و ۳۵ (که عقد حواله را معلق بر قبول محال‌علیه می‌داند).
۲. جواهرالکلام، ج ۲۶، ص ۱۶۵ ـ خلاف، ج ۲، ص ۱۲۹ ـ فخرالمحققین، ایضاح، ج ۲، ص ۹۲.

که محال‌علیه مدیون به محیل باشد. در این صورت، محال‌علیه پس از قبولی در حکم ضامن است». بنابراین حوالهٔ بر محال‌علیه بری نیز «حواله» است و تنها رابطهٔ محال‌علیه با محیل تابع احکام ضمان است.

بدین ترتیب، آنچه در همهٔ اقسام حواله وجود دارد و جدایی آن از عقد ممکن نیست «انتقال دین» است نه طلب؛ چنان که قانون مدنی نیز در تعریف حواله اعلام می‌کند: «عقدی است که به موجب آن طلب شخصی از ذمهٔ مدیون به ذمهٔ شخص ثالثی منتقل می‌گردد» (مادهٔ ۷۲۴). به‌کار بردن واژهٔ «طلب» برای موضوع انتقال نباید این توهم را به وجود آورد که قانون مدنی اثر اصلی عقد را «انتقال طلب» قرار داده است. زیرا، آنچه بر ذمهٔ مدیون قرار می‌گیرد و به ذمهٔ شخص ثالث منتقل می‌شود «دین» است و در انتقال طلب، طلبکار باید جای خود را به «ثالث» بدهد.

باید دانست که از تعاریف فقهاء از حواله نیز چنین بر می‌آید که اکثریت قاطع آنان عقد حواله را مبتنی بر انتقال دین می‌دانند و آن را یکی از اقسام «ضمان به معنی اعم» می‌شمارند.

مبحث دوم: چگونگی انعقاد حواله

۱۷۹. انعقاد حواله :

از آنچه گفته شد، چنین برآمد که حواله عقدی است معوض و مبتنی بر انتقال دین (مادهٔ ۷۲۴ ق.م.). در مادهٔ ۷۲۵ نیز آمده است که: «حواله محقق نمی‌شود مگر با رضای محتال و قبول محال‌علیه». پس، تمام تردیدهایی که در مورد لزوم قبول محال‌علیه شده است، از نظر قانون مدنی، بیمورد و بحث دربارهٔ آنها زاید است. ولی، آنچه نامتعارف به نظر می‌رسد و باعث اختلاف شده است این است که چگونه برای تحقق حواله، برخلاف سایر قراردادها، قبول دو نفر لازم است؟ آیا با تراضی محیل و محتال عقد واقع نمی‌شود و هیچ الزامی برای دو طرف به وجود نمی‌آید؟

بر مبنای همین اشکال، دربارهٔ انعقاد حواله دو نظر گوناگون ابراز شده است:

۱) بیشتر مؤلفانی که قبول محال‌علیه را در انعقاد حواله مؤثر دیده‌اند، اعتقاد دارند که

عقد حواله میان محیل و محتال واقع می‌شود؛ با قبول محتال عقد تمام است، منتها تحقق انتقال دین بر ذمهٔ محال‌علیه منوط به رضای او است. به بیان دیگر، تأثیر عقد (که با تراضی محیل و محتال واقع شده است) در دارایی محال‌علیه و انتقال دین بر ذمهٔ او به رضای انتقال گیرنده نیز نیاز دارد. به همین جهت نیز وجود شرایط خاصی که در قبول قراردادها ضروری است، مانند توالی با ایجاب، در این رضایت لزومی ندارد[1].

۲) حواله مرکب از یک ایجاب و دو قبول است، محال‌علیه نیز مانند محتال طرف عقد است و باید آن را بپذیرد تا سبب انتقال دین (عقد) واقع شود.

قانون مدنی نیز همین نظر را پذیرفته است. زیرا در مادهٔ ۷۲۵ رضای محتال و قبول محال‌علیه در عرض یکدیگر شرط تحقق حواله قرار گرفته است. در مادهٔ ۷۳۲ نیز محال‌علیه در کنار محیل و محتال از اطراف عقد حواله شناخته شده است. بنابراین، از مفاد مادهٔ ۷۲۴ که محال‌علیه را «ثالث» نامیده است، نباید چنین استفاده شود که نویسندگان قانون مدنی او را در برابر دو طرف عقد (محیل و محتال) ثالث نامیده‌اند.

نویسندگان قانون مدنی، بر مبنای طلب محیل از محتال حواله را تعریف کرده‌اند. بدیهی است، بر این مبنا، محال‌علیه نسبت به دو طرف دین (طلبکار و بدهکار) ثالث است که در نتیجهٔ حواله دین بر ذمهٔ او قرار می‌گیرد. پس، به کار بردن وصف «ثالث» برای محال‌علیه به اعتبار رابطهٔ دینی بین محیل و محتال است نه بر مبنای تعیین اطراف عقد حواله[2].

۱۸۰. لزوم وجود دین محیل به محتال :

چنان که در تعریف حواله گفته شد، از ارکان این عقد وجود دین محیل به محتال است (مادهٔ ۷۲۶ ق.م.). به بیان دیگر، حواله برای ایفاء دین به کار می‌رود هرچند که به طور غیرمستقیم همراه با معاوضه نیز باشد. اگر محیل هدفی جز پرداخت دین داشته

۱. دکتر سید حسن امامی، ج ۲، ص ۲۸۸ ـ دکتر جعفری لنگرودی، عقد حواله، ش ۱۱ تا ۱۴.

۲. برای دیدن نظر مخالف، رجوع شود به: دکتر جعفری لنگرودی، عقد حواله، ش ۱۰ به بعد و ۵۳ و ۶۲.

باشد، عمل حقوقی را نباید «حواله» نامید و نامی که دو طرف برای آن انتخاب می‌کنند نمی‌تواند وصف واقعی آن را تغییر دهد.

یادآوری این نکته ضروری است که، به طور معمول، حواله به منظور پرداخت دین ثابت در ذمه و قابل مطالبه صادر می‌شود. با وجود این، نباید چنین پنداشت که ثبوت دین بر ذمهٔ محیل از شرایط صحت حواله است. اثر حواله، انتقال دین از ذمهٔ محیل به محال‌علیه است و از این نظر با ضمانت شباهت کامل دارد. پس، اگر ضمان دینی که تنها سبب آن ایجاد شده درست باشد (مادهٔ ۶۹۱ ق.م.)، حوالهٔ چنین دینی نیز درست است. به ویژه، که عرف نیز این گونه حواله‌ها را نافذ می‌بیند و به آن نیاز دارد. برای مثال، چه اشکالی دارد که شوهر غایب به دوستی حواله دهد که نفقهٔ خانوادهٔ او را ماهیانه و در آغاز هر ماه بپردازد؟ یا به سود عامل حواله دهد که در صورت انجام عمل پاداش خود را از محال‌علیه بگیرد؟

بنابراین، دقیق‌تر آن است که گفته شود، وجود سبب دین محیل به محتال از شرایط تحقق حواله است. گفته شد «شرط تحقق حواله» تا گمان نرود که حواله از سوی محیلِ بری عقدی باطل است. آنچه واقع می‌شود بی‌گمان حواله نیست، هرچند که به عناوین دیگر نافذ باشد.

۱۸۱. اهلیت اطراف عقد :

محیل و محتال و محال‌علیه هر کدام به گونه‌ای در اموال خود تصرف می‌کنند: محیل از طلب خود به سود محتال می‌گذرد یا دین جدیدی برای خویش به وجود می‌آورد؛ محتال نیز در برابر تعهد محال‌علیه ذمهٔ محیل را بری می‌کند؛ محال‌علیه هم ملتزم به دادن مالی به محیل می‌شود. پس، باید اهلیت تصرف در مال خود را داشته باشد. وانگهی، حواله یکی از عقود معین است و اطراف آن باید دارای اهلیت برای معامله کردن باشند (بند ۲ از مادهٔ ۱۹۰ و مواد ۲۱۰ به بعد ق.م.).

ورشکسته نیز حق ندارد حواله صادر کند یا عهده‌دار پرداخت آن شود یا معاوضهٔ طلب خود را با تعهد محال‌علیه بپذیرد. با وجود این، پاره‌ای از مؤلفان گفته‌اند که محیل

مفلس می‌تواند برای پرداخت دین خود بر محال‌علیه بری حواله صادر کند، زیرا این کار او به منزلهٔ وام گرفتن است[1]. ولی، این گفته با بند ۲ از مادهٔ ۴۲۳ قانون تجارت تعارض دارد. محیل (مدیون ورشکسته)، حتی با تحصیل اعتبار از دیگران، نمی‌تواند بین طلبکاران خود تبعیض کند و قرضی را به وسیلهٔ حواله بپردازد و قید «... به هر وسیله که به عمل آمده باشد» شامل تأدیهٔ قرض به وسیلهٔ حواله نیز می‌شود. به اضافه، امکان وام گرفتن به وسیلهٔ ورشکسته نیز خود ادعایی است که نیاز به اثبات دارد.

۱۸۲. لزوم معلوم و معین بودن موضوع :

در نادرستی حوالهٔ مالی با تردید هیچ شبهه‌ای وجود ندارد و معین بودن موضوع حواله از شرایط صحت آن است. ولی، دربارهٔ معلوم بودن موضوع حواله ممکن است دو نظر ابراز شود :

۱. برای صحت حواله «قابلیت تعیین» موضوع آن کافی است و لزومی ندارد که هنگام تراضی برای اطراف عقد معلوم باشد؛ چنان که نویسندگان قانون مدنی در ضمان نیز همین راه حل را برگزیده‌اند (مادهٔ ۶۹۴ ق.م.).

۲. موضوع حواله، از حیث جنس و اندازه باید نزد دو طرف معلوم باشد، وگرنه باعث «غرر» می‌شود. قیاس حواله با ضمان نیز درست نیست، زیرا ضمان عقدی است جداگانه و قواعد ویژهٔ خود را دارد و احکام آن را، جز در موردی که از قواعد عمومی انتقال دین است، نباید به حواله سرایت داد. در مادهٔ ۲۱۶ قانون مدنی نیز آمده است که «مورد معامله نباید مبهم باشد، مگر در موارد خاصه که علم اجمال به آن کافی است». ضمان یکی از آن موارد خاص است که قانون به آن تصریح می‌کند (مادهٔ ۶۹۴). ولی، در حواله، چون حکم خاصی ندارد، تابع قاعدهٔ کلی است.

نظر دوم قوی‌تر است. زیرا از مفاد مادهٔ ۲۱۶ قانون مدنی چنین بر می‌آید که درستی

۱. دکتر سید حسن امامی، ج ۲، ص ۲۸۸ ـ دکتر جعفری لنگرودی، عقد حواله، ش ۱۹۷ (که معسر را نیز در ردیف ورشکسته آورده است، در حالی که اعسار هیچ منعی برای معسر در تصرفات او به وجود نمی‌آورد).

معامله به موضوع مجهول (قابل تعیین) امری است استثنایی که نیاز به تصریح دارد. پس، با قیاس حواله و ضمان نمی‌توان حکم استثنایی ضمان را توسعه داد. با وجود این، چون مادهٔ ۷۲۷ ق.م. محال‌علیه بری را در حکم ضامن می‌داند، معلوم نبودن موضوع حواله برای او خللی به عقد نمی‌رساند.

۱۸۳. اجرای احکام ضمان در اوصاف دین :

آنچه دربارهٔ لزوم مالی بودن دین وکلی بودن آن در ضمان گفته شد [1] در حواله نیز باید رعایت شود، زیرا حواله نیز مبتنی بر انتقال دین است و «دین» باید قابل تحویل به دین دیگر و پرداخت به وسیلهٔ دیگری باشد. پس، حوالهٔ تسلیم عین معین، در واقع حواله به معنای اصطلاحی نیست و رابطهٔ دو طرف تابع وکالت و مادهٔ ۱۰ قانون مدنی است.

۱۸۴. حواله به غیر جنس دین :

ماهیت عقد حواله (انتقال دین) و تعریف‌هایی که از آن شده است، این فکر را متبادر به ذهن می‌کند که بین دین محیل به محتال و آنچه محال‌علیه در برابر او به عهده می‌گیرد، باید اتحاد در جنس و اوصاف و مقدار وجود داشته باشد. زیرا، اگر همان طلب است که از ذمهٔ محیل به ذمهٔ محال‌علیه انتقال می‌یابد، باید اوصاف و تضمین‌ها و مقدار و جنس آن تغییر نکند و، چنان که هست و بسان اعیان معین در خارج، جای خود را در ذمه‌ها تغییر دهد. همین تعبیر باعث شده است که معدودی از فقیهان اتحاد جنس بین دین محیل و مورد حواله را از شرایط عقد شمارند [2].

ولی، همان گونه که در ضمان نیز گفته شد، مقصود از «انتقال دین» یا «تحویل حق» این نیست که قرارداد و تراضی جدید در اوصاف دین مؤثر واقع نشود. در موردی که جنس یا وصف موضوع حواله با دین محیل به محتال تفاوت پیدا می‌کند، همراه با انتقال

۱. رک. ش ۱۳۲ و ۱۳۳.

۲. شیخ محمد حسن نجفی، جواهرالکلام، ج ۲۶، ص ۱۷۰ ـ شیخ طوسی، مبسوط، باب حواله ـ محقق، شرایع، حواله (با تردید).

دین، نوعی تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل جنس یا وصف دین نیز بین محیل و محتال، یا اگر دین محال‌علیه تغییر کند، بین محیل و محال‌علیه انجام می‌شود. وجود این تراضی با ماهیت حقوقی و عرفی حواله تعارض ندارد و به آسانی می‌توان صحت آن را از ملاک احکام ضمان، دربارهٔ امکان تغییر اجل و وثیقهٔ دین ضامن، استنباط کرد.

فصل دوم

آثار حواله

۱۸۵. لزوم عقد حواله :

مادهٔ ۷۳۲ ق.م. اعلام می‌کند: «حواله عقدی است لازم و هیچیک از محیل و محتال و محال‌علیه نمی‌توانند آن را فسخ کنند، مگر در مورد مادهٔ ۷۱۹ و یا در صورتی که خیار فسخ شرط شده باشد». بدین ترتیب، حواله در شمار عقود لازم است، منتها، چون حواله بیع دین یا معاوضهٔ واقعی نیست و احکامی ویژهٔ طبیعت ارفاقی خود را دارد، قانونگذار برای رد نظر کسانی که انواع خیارات و حتی خیار مجلس را در آن قابل اجرا می‌دانند، تصریح کرده است که حواله، جز در دو مورد، قابل فسخ نیست.

تمهید قانون مدنی، از نظر اصالت دادن به عقد حواله و مصون نگاهداشتن آن از خیاراتی که تنها با طبیعت بیع یا معاوضه‌ها سازگار به نظر می‌رسد، مانند خیار مجلس و غبن و تدلیس، درست و بجا است. ولی، از جهت محدود ساختن امکان فسخ حواله به آن دو مورد، قابل انتقاد به نظر می‌رسد. زیرا، اگر شرط فعلی به سود یکی از اطراف عقد بشود یا شرط نتیجه‌ای در عقد بیاید، چرا مشروط‌له نتواند، به دلیل امتناع متعهد از انجام دادن کار یا ممتنع شدن شرط، بر طبق قواعد عمومی، از خیار فسخ استفاده کند؟ به همین جهت نیز، پاره‌ای از استادان خیار تخلف از شرط را هم در حواله قابل اعمال دانسته‌اند و این نظر، به ویژه از جهت شباهت کامل ضمان و حواله و بخش اخیر مادهٔ ۷۰۱ قانون مدنی که تخلف از مقررات عقد را از موارد فسخ ضمان می‌داند، قوی و پسندیده است.

شرح مواردی را که می‌توان حواله را فسخ کرد به فصل سه (انحلال حواله) واگذار می‌کنیم و به مباحث اصلی آثار حواله می‌پردازیم:

مبحث اول: رابطهٔ صادر کنندهٔ حواله و طلبکار

۱۸۶. برائت محیل:

دربارهٔ اثر حواله در رابطهٔ حقوقی محیل و محتال، سه نظر گوناگون داده شده است:

۱. حواله باعث انتقال دین از ذمهٔ محیل به محال‌علیه می‌شود و در نتیجه، پس از تحقق عقد، محیل در برابر محتال بری می‌شود و به جای او محال‌علیه عهده‌دار پرداخت دین است.

۲. در اثر حواله، ذمهٔ محال‌علیه مشغول به دین می‌شود، بدون این که محیل برائت یابد. پس، محتال می‌تواند به هر کدام یا به هر دو رجوع کند.

۳. در نتیجهٔ حواله، حق مطالبهٔ محتال از محیل منتقل به محال‌علیه می‌شود، ولی اصل طلب بر ذمهٔ محیل باقی می‌ماند. پس، محتال حق مطالبه از محیل را ندارد و می‌تواند از اصل دین نیز او را ابراء کند.

قانون مدنی به پیروی از فقهای امامیه، نظر نخست را پذیرفته است و در مادهٔ ۷۳۰ اعلام می‌کند که: «پس از تحقق حواله، ذمهٔ محیل از دینی که حواله داده است بری و ذمهٔ محال‌علیه مشغول می‌شود». بنابراین، ابراء محیل کاری است لغو و بیهوده و اثری ندارد.

۱۸۷. حدود لزوم عقد:

پس از احراز لزوم عقد، این پرسش به ذهن می‌رسد که چه زمان و با چه شرایطی این تراضی برای آنان الزام‌آور است؟ و آیا محتال می‌تواند پیش از رجوع به محال‌علیه پیمان مربوط به نقل دین را بر هم زند؟

قانون مدنی در این باره پاسخی ندارد. پس، برای تمیز مفاد پیمان محیل و محتال،

باید آن را تحلیل کرد: از نظر طرفین، نفوذ پیمان مقدماتی حواله، در عین حال که تراضی الزام‌آور و تمام است، منوط به رضای محال‌علیه است. لازمهٔ این تعلیق چنین است که محتال باید حواله را به محال‌علیه ارائه کند و پیش از آن حق رجوع از پیمان را ندارد. ولی، هرگاه محال‌علیه از قبول حواله امتناع ورزد، محتال می‌تواند به محیل رجوع کند، زیرا طرحی که آنان در این زمینه ریخته‌اند، بر حسب مفاد خود، منحل می‌شود و همه چیز به حال پیشین باز می‌گردد. همچنین است مواردی که محال‌علیه پیش از قبول حواله فوت کند یا دسترسی به او نباشد یا اظهار اراده را چندان به تأخیر اندازد که در نظر عرف به منزلهٔ نکول حواله باشد. زیرا، این حوادث نیز شرط تحقق حواله را، چنان که دو طرف خواسته‌اند، ممتنع می‌سازد.

۱۸۸. انحلال وثیقهٔ دین :

گفته شد که حواله نیز، مانند ضمان، مبتنی بر انتقال دین است. پس، همان بحثی که دربارهٔ بقاء یا انحلال تضمین‌های دین در ضمان مطرح شد (ش ۱۴۲)، در حواله نیز مورد دارد. نیازی به تکرار گفته‌ها نیست، تنها به عنوان یادآوری باید گفت:

۱. هرگاه حواله به جنس دیگری باشد، مفهوم آن انحلال دین سابق و تبدیل آن به دین جدید است. بنابراین، با انحلال دین سابق بیگمان وثائق و تضمینات آن نیز از بین می‌رود.

۲. در صورتی که حواله از همان جنس بدهی محیل به محتال باشد، در بقاء یا انحلال تضمین‌ها اختلاف است و، چنان که در ضمان گفته شد، انحلال آنها ترجیح دارد.

۱۸۹. آیا صدور حواله کاشف از دین محیل است :

فرض مسأله این است که، حواله مورد قبول قرار نگیرد و محتال برای وصول موضوع آن به محیل رجوع کند تا طلبی را که به حواله نگرفته است از مدیون بگیرد، و محیل دفاع کند که دینی به محتال نداشته و می‌خواسته است بدین وسیله او را وکیل در وصول طلب خود سازد یا به او وام دهد. در این دعوا، اگر هیچیک از دو طرف دلیلی نداشته باشد، کدام گفته را باید مقدم داشت و چه کسی را باید مدعی انگاشت؟ به بیان دیگر، آیا صدور حواله به تنهایی اماره و کاشف از اشتغال ذمهٔ محیل به محتال است یا وجود دین

نیاز به اثبات دارد؟

همچنین، موردی است که محتال مورد حواله را از محال‌علیه می‌گیرد سپس محیل برای استرداد آن به محتال رجوع می‌کند، به این ادعا که به او وکالت در وصول یا وام داده است و اکنون در پی بازپس گرفتن امانت یا وام است، و محتال ادعا می‌کند محیل دین خویش را پرداخته است و حقی بر او ندارد. پس، اگر دلیلی اقامه نشود، باید دید گفتهٔ کدامیک مقدم است؟ محیل، که بر برائت خود تکیه دارد یا محتال که بر ظاهر صدور حواله استناد می‌کند؟

در این موارد، که در واقع اختلاف دربارهٔ وجود دین محیل به محتال است، برای مقدم داشتن گفتهٔ محیل، ممکن است به اصل «برائت» و اصل عدم وقوع حواله استناد و از محتال خواسته شود تا ثابت کند آنچه واقع شده حواله بوده و محیل نیز مدیون محتال است.

در این فرض، چون تردید در وجود دین محیل است، دیگر استناد به «اصل بقای دین» به هیچ عنوان مورد ندارد. ولی، در این که آیا صدور حواله را باید دلیل بر اشتغال ذمهٔ محیل دانست یا به «اصل برائت» استناد کرد، پاسخ این است که ظاهر ناشی از صدور حواله، که راهی است به واقع، بی‌گمان بر اصل عملی «برائت» حکومت و ترجیح دارد: بدین بیان که، هرگاه کسی وسیله‌ای را که قانون و عرف برای وفای به عهد فراهم آورده است برگزینند و مالی به دیگری بدهد، ظاهر این است که او نیز بدین وسیله دین خود را می‌پردازد. از تعریف مادهٔ ۷۲۴ نیز چنین بر می‌آید که «حواله» وسیلهٔ پرداخت دین است. پس، انتخاب این وسیله در پرداخت مالی به دیگری نشانهٔ قصد دو طرف بر ایفای دین است، مگر این که خلاف آن ثابت شود.

مادهٔ ۲۶۵ قانون مدنی نیز در مقام بیان همین ظاهر است که به‌درستی و روشن تدوین نشده است.

در رویهٔ قضایی راه حل قاطعی در تفسیر این ماده وجود ندارد، ولی حکم شمارهٔ ۱۰۴۵ـ۲۵/۶/۲۵ شعبهٔ اول دیوان کشور، اصل را مدیون بودن محیل می‌داند و از حکم شمارهٔ ۲۷۸۴ ـ ۳۹/۹/۱۱ هیأت عمومی دیوان کشور بر می‌آید که دیوان عالی و رویهٔ قضائی تمایل بر این دارد که محیل را مدیون شمارد و اثبات برائت را بر دوش او گذارد[1].

۱. برای دیدن رویهٔ مخالف، رجوع شود به حکم شمارهٔ ۴۵ ـ ۳۰/۱۰/۲۲ شعبهٔ ۴ که اصل را برائت محیل قرار داده است: برای دیدن تفصیل این مطلب، رک. عقود معین، ج ۴، در قرائت و تمرین، ش ۱۰.

مبحث دوم: رابطهٔ صادرکنندهٔ حواله و گیرندهٔ آن

۱۹۰. برائت محال‌علیه در برابر محیل :

پس از تحقق حواله، نه تنها محیل از دینی که به محتال دارد بری می‌شود، محال‌علیه نیز در برابر قبول حواله از دینی که به محیل داشته است بری خواهد شد. زیرا، طلب محیل به محتال منتقل می‌شود و محال‌علیه ناگزیر است که دین را به طلبکار جدید بدهد.

چنان که بارها گفته شد، برائت ذمهٔ محال‌علیه بدون عوض انجام نمی‌شود و او در برابر محتال متعهد به پرداخت است: به بیان دیگر، دین به جای خود باقی است و تنها طلبکار آن تغییر می‌کند، مگر این که حواله به مال دیگر باشد و دین جدیدی را جانشین دین سابق سازد.

آنچه گفته شد، در موردی است که محال‌علیه پیش از وقوع حواله مدیون محیل باشد، و گرنه اثر حواله تنها به اشتغال ذمهٔ محال‌علیه در برابر محتال می‌انجامد و او را همچون ضامنی عهده‌دار دین محیل می‌کند (مادهٔ ۷۲۷ ق.م.).

۱۹۱. امکان رجوع به محیل :

در صورتی که گیرندهٔ حواله مدیون به محیل باشد، با قبول حواله دین خود را می‌پردازد (مادهٔ ۷۱۰ ق.م.). ولی، در حوالهٔ بر بری، او حق دارد آنچه را به دستور و اذن محیل پرداخته است بگیرد (مادهٔ ۷۳۱ ق.م.). رابطهٔ حقوقی محیل و محال‌علیه را در این

فرض به یکی از دو عقد وکالت یا ضمان می‌توان مانند کرد: به وکالت، از این جهت که محال‌علیه به نیابت از سوی محیل دین را می‌پردازد و حق دارد هزینهٔ اجرای وکالت را از موکل بگیرد (مادهٔ ۶۷۵ ق.م.)؛ ضمان، از این لحاظ که دین محیل را در برابر محتال عهده‌دار می‌شود و پس از تأدیه حق دارد به مضمون‌عنه رجوع کند (مادهٔ ۷۰۶ ق.م.).

قانون مدنی تعبیر دوم را پذیرفته است و محال‌علیه را در حکم ضامن می‌داند. حق نیز همین است، زیرا اگر پذیرفته شود که بعد از تحقق حواله دین محیل به محتال ساقط می‌شود (مادهٔ ۷۲۰)، دیگر نمی‌توان محال‌علیه را در پرداخت دین وکیل پنداشت. محال‌علیه به عنوان مدیون اصیل دین خود را می‌پردازد؛ دینی که در اثر حواله به ذمهٔ او منتقل شده است. پس، باید او را ضامن محیل شمرد نه وکیل.

نتیجهٔ مهمّی که از این تحلیل گرفته می‌شود، اجرای کامل قواعد حاکم بر روابط ضامن و مضمون‌عنه در رابطهٔ محیل و محال‌علیه است. بنابراین، محال‌علیه تنها پس از تأدیهٔ دین به محتال و به همان میزانی که به اذن محیل غرامت دیده است حق رجوع به او را دارد (مادهٔ ۷۳۱ ق.م.). همچنین، اگر بعد از حواله محیل دین را بپردازد، مانند این است که بیگانه‌ای آن را پرداخته باشد و رجوع او به محال‌علیه (مدیون) منوط بر این است که پرداخت به اذن او انجام گیرد، وگرنه، محال‌علیه از دین بری می‌شود.

۱۹۲. اختلاف در دین محال‌علیه :

اگر گیرندهٔ حواله پس از قبول و تأدیهٔ حواله به محیل رجوع کند تا آنچه را پرداخته است بگیرد و محیل در دفاع از خود بگوید که او دین خویش را پرداخته است، دادگاه گفتهٔ کدامیک را باید مقدم دارد؟ محیل را، که ادعا دارد محال‌علیه بدهکار او بوده است، یا محال‌علیه را، که می‌گوید حواله بر بری بوده است؟

در این باره نیز قانون مدنی حکمی ندارد. فقیهانی که حواله بر محال‌علیه بری را درست می‌دانند، در این دعوا نیز گفتهٔ محال‌علیه را مقدم می‌دارند و اعتقاد دارند که محیل باید ادعای وجود دین محال‌علیه را در برابر خود ثابت کند زیرا مقتضای اصل برائت ذمهٔ او است. بعضی نیز، با این که پذیرفته‌اند که ظاهر از قبول حواله اشتغال ذمه

به محیل است و به طور معمول شخص بر مدیون خود حواله می‌دهد، اصل را بر ظاهر مقدم شمرده‌اند و به استناد اصل برائت محیل را مدعی دانسته‌اند[1].

ولی، با این همه، به نظر می‌رسد که باید گفتهٔ محیل را مقدم شمرد. زیرا، به طور معمول حواله بر عهدهٔ مدیون صادر می‌شود و ظاهر این است که مدیون حواله را قبول می‌کند. از مفاد مادهٔ ۲۶۵ قانون مدنی نیز بر می‌آید که دادن مال، هرچند به دستور دیگری باشد، ظهور در پرداخت دین دارد. از سوی دیگر، جایی که راهی به واقع وجود دارد و اماره بر اشتغال ذمه قرار می‌گیرد، نباید به اصل عملی استناد کرد و به فصل خصومت و حکم ظاهری دل خوش داشت. به اضافه، در این فرض، نیز تقدم گفتهٔ محیل با طبیعت و هدف عقد حواله (وفای به عهد) سازگارتر به نظر می‌رسد[2].

۱۹۳. ترامی و دور در حواله :

در ضمان گفته شد که ممکن است شخصی از ضامن ضمانت کند و دیگری از او... و به همین ترتیب ضمانت‌ها ادامه یابد: در حواله نیز این قاعده حکومت می‌کند، زیرا اثر اصلی هر دو عقد «انتقال دین» است. پس، محال‌علیه می‌تواند به دیگری حواله دهد تا دین او را به محتال بپردازد و محال‌علیه جدید نیز حق دارد بر عهدهٔ دیگری حواله صادر کند. در این صورت، هر محال‌علیه بری می‌تواند پس از ادای دین به محیل مستقیم خود رجوع کند.

همچنین، دور در حواله نیز با مانعی روبرو نیست: یعنی محال‌علیه می‌تواند دین را حواله بر محیل دهد[3]. در این صورت، دین به جای خود باز می‌گردد و نتیجهٔ آن از بین رفتن تضمینات دین و گاه ایجاد مهلت برای مدیون است.

۱. سید محمد جواد عاملی، مفتاح‌الکرامة، ج ۵، ص ۴۱۲ ـ شهید ثانی، شرح لمعه، ج ۴، ص ۱۴۶ ـ در فقه حنفی، شرح فتح‌القدیر، ج ۵، ص ۴۴۹.

۲. حکم شمارهٔ ۱۳۰۰ ـ ۱۳۸۹۱ ـ ۱۶/۶/۱۱ دیوان کشور (محمد بروجردی عبده، اصول حقوقی، ج ۲، ص ۲۶): «طبق مادهٔ ۷۳۱ قانون مدنی جواز رجوع محال‌علیه به حواله دهنده مشروط است به اینکه محال‌علیه نسبت به محیل راجع به وجه مورد حواله بری الذمه باشد و بر حسب اصول مسلمه و خصوص مادهٔ ۶۳ قانون تسریع اثبات این شرط به عهدهٔ محال‌علیه است».

۳. علامهٔ حلی، تذکره، ص ۱۰۹ ـ سید محمد کاظم یزدی، عروة‌الوثقی، ج ۲، ص ۳۳۸.

۱۹۴. اشتغال ذمهٔ محال‌علیه به محتال :

همان‌گونه که حواله باعث از بین رفتن دین محال‌علیه به محیل می‌شود، او را در برابر محتال مدیون می‌سازد. تعهدی که محال‌علیه در برابر محتال پیدا می‌کند دینی است اصیل که در نتیجهٔ انتقال دین بر عهدهٔ گیرندهٔ حواله قرار می‌گیرد و نباید او را نایب محیل پنداشت. بنابراین، ابراء محیل از سوی طلبکار اثری در دین محال‌علیه ندارد. همچنین، رابطهٔ محال‌علیه و محتال تابع عقد حواله است و لزومی ندارد که از شرایط دین محیل پیروی کند. بنابراین، ابراء محیل از سوی طلبکار اثری در دین محال‌علیه ندارد. همچنین، رابطهٔ محال‌علیه و محتال تابع عقد حواله است و لزومی ندارد که از شرایط دین محیل پیروی کند. بنابراین، چنان‌که در ضمان نیز گفته شد، احتمال دارد دین حال در حوالهٔ به محال‌علیه مؤجل شود و زمان تأدیه و مقدار و جنس دین تغییر کند. قانون مدنی، در حواله احکام مفصلی در این باره ندارد و این اختصار به دلیل امکان اجرای قواعد ضمان در حواله و پرهیز از تکرار است.

فصل سوم

انحلال حواله

۱۹۵. موارد انحلال:

حواله ممکن است به دلیل بطلان عقد یا فسخ و اقاله منحل اعلام شود. پس، جلوگیری از اختلال عوامل و آثار انحلال، این فصل را در دو مبحث مورد مطالعه قرار می‌دهیم:
مبحث اول، به بطلان حواله و انحلال قهری و مبحث دوم، به فسخ و اقاله، یا موارد انحلال ارادی، اختصاص می‌یابد.

مبحث اول: بطلان حواله، انحلال قهری

۱۹۶. مفاد مادهٔ ۷۳۳ ق.م. :

حواله عقدی است که برای انتقال دین و طلب و وفای به عهد واقع می‌شود. پس، هرگاه معلوم شود که از اساس دینی وجود نداشته است، لغو و بیهوده می‌شود.

در مادهٔ ۷۳۳ قانون مدنی آمده است که: **«اگر در بیع بایع حواله داده باشد که مشتری ثمن را به شخصی بدهد یا مشتری حواله داده باشد که بایع ثمن را از کسی بگیرد و بعد بطلان بیع معلوم گردد، حواله باطل می‌شود و اگر محتال ثمن را اخذ کرده باشد باید مسترد دارد. ولی، اگر بیع بواسطهٔ فسخ یا اقاله منفسخ شود، حواله باطل نبوده لیکن محال‌علیه بری و بایع یا مشتری می‌تواند به یکدیگر رجوع کند. مفاد این ماده در مورد سایر تعهدات نیز جاری خواهد بود».**

در واقع، موضوع بحث، شرح و تفسیر مادهٔ ۷۳۳ است که در سایر تعهدات نیز اجراء می‌شود: بدین معنی که، در هر مورد که شخص خود را مدیون دیگری پندارد (خواه دین در نتیجهٔ خرید مال یا قرض یا مسؤولیت مدنی و مانند اینها باشد) و برای ایفای آن حواله‌ای به سود طلبکار صادر کند و پس از آن معلوم شود که دینی وجود نداشته است، حواله باطل است. همچنین است، جایی که محیل خود را طلبکار بداند و بر عهدهٔ مدیون حواله صادر کند سپس معلوم شود که‌طلبی نداشته است. بند دوم ماده ناظر به موردی است که، در اثر فسخ یا اقالهٔ منشأ دین، بعد از تحقق حواله دین ساقط شود، که قانون مدنی حواله را باطل نمی‌بیند ولی محال‌علیه را بری اعلام می‌کند و تلفیق بین این دو اثر نیاز به بحث و تحلیل بیشتر دارد.

۱۹۷. اثر بطلان بیع :

اثر این بطلان را در دو فرض باید بررسی کرد :

۱. فرضی که بطلان بیع نشان می‌دهد که محیل از آغاز دینی به محتال نداشته است و به پندار وجود چنین دینی حواله به سود او صادرکرده است. در این فرض، خریدار برای پرداخت ثمن و بر مبنای درستی بیع، حواله به سود فروشنده صادر می‌کند سپس معلوم می‌شود که مبیع از آن دیگری بوده است و مالک به معامله راضی نیست.

۲. فرضی که بطلان بیع ثابت می‌کند که محیل طلبی از محال‌علیه نداشته است و به گمان باطل بر عهدهٔ او حواله داده است. این فرض در صورتی است که فروشنده، به گمان طلبی که بابت ثمن از خریدار دارد، حواله‌ای بر عهدهٔ او صادر می‌کند تا ثمن را به شخص ثالثی بپردازد.

در هر دو فرض، چون طرفین در جهت تراضی در اشتباه بوده‌اند، حواله باطل است. عقد حواله بر مبنای درستی بیع منعقد می‌شود و به همین جهت کشف بطلان این مبنا باعث می‌شود تا جهت قصد مشترک اشتباه درآید و معلوم شود که آنان دچار پنداری نادرست بوده‌اند. قانون مدنی در مادهٔ ۷۶۵ همین قاعده را اعمال می‌کند و صلح مبتنی بر معاملهٔ باطل را باطل می‌داند، و چنان که دیدیم به بطلان حواله در مادهٔ ۷۳۳ تصریح دارد.

اکنون باید دید، اگر محتال ثمن را گرفته باشد، آن را به چه کسی باید بازگرداند؟ به محال‌علیه یا به محیل؟

مادهٔ ۷۳۳ در این باره حکمی ندارد و همین اندازه مقرر می‌دارد که: «اگر محتال ثمن را اخذ کرده باشد باید مسترد دارد».

پس، باید دید در هر یک از دو فرض یاد شده رد ثمن چگونه است:

در فرض نخست، که حواله به سود فروشنده بر عهدهٔ محال‌علیه ثالث صادر شده است، هرگاه فروشنده آن را گرفته باشد، محیل (خریدار) می‌تواند با رجوع به او ثمن را بگیرد.

برای توجیه این ادعا باید به دو نکتهٔ مهم توجه داشت: چون بنا به فرض حواله باطل است، همه چیز به حال اصلی خود باقی می‌ماند. دیگر این که با بطلان حواله نمی‌توان ادعا کرد که اذن در پرداخت از سوی محیل (خریدار) وجود دارد. زیرا، اذن مقید به وجود حواله بوده است و با انتفاء (قید) وجود خارجی نمی‌یابد؛ چنان که در مورد گیرندهٔ مال به بیع فاسد نیز (مادهٔ ۳۳۶ ق.م.) از همین قاعده پیروی شده و ضامن به شمار آمده است[1]. بدین ترتیب، محال‌علیه نیز مالی را به اشتباه و بدون اینکه مدیون باشد به فروشنده داده است که می‌تواند پس بگیرد، خواه مدیون محیل باشد یا حواله بر بری صادر شود (مواد ۳۰۱ و ۳۰۲ ق.م.) زیرا در هیچ صورتی نمی‌توان ادعا کرد که او دین خویش را پرداخته است. باید پذیرفت که محال‌علیه در اخذ مال مقدم و اولی از خریدار (محیل) است. زیرا، اگر پذیرفته شود که دین محال‌علیه به او همچنان باقی است، محیل چیزی از دست نداده است تا بتواند برای استرداد آن اقدام کند. منتها، محیل می‌تواند با قبول نمایندگی محال‌علیه در پرداخت دین و تنفیذ اعمال او، خود به محتال رجوع کند که در این صورت محال‌علیه بری (یا طلبکار از محیل) می‌شود و دیگر حق رجوع به محتال را ندارد.

در فرض دوم، که فروشنده به عهدهٔ خریدار حواله صادر می‌کند، خریدار می‌تواند، پس از پرداخت وجه حواله و ظهور بطلان آن، به محتال رجوع کند. زیرا ثمن را به دستور او به طلبکارش پرداخته است. فروشنده از بطلان بیع استفادهٔ بدون جهت برده است و باید آن به کسی که از این راه زیان دیده است بدهد.

۱۹۸. اثر فسخ بیع در حواله :

هرگاه خریدار حواله دهد تا شخص ثالث ثمن را به فروشنده بدهد و پس از آن عقد بیع را، به دلیل عیب مبیع یا غبن، فسخ کند، یا فروشنده بر عهدهٔ خریدار حواله دهد تا ثمن را به شخص دیگری بپردازد سپس عقد بیع به دلیلی فسخ شود، دربارهٔ اثر این فسخ در حواله، بین نویسندگان حقوقی اختلاف شده است:

۱. ناصر کاتوزیان، عقود معین، ج ۱، ش ۱۰۵.

۱. گروهی گفته‌اند که حواله تابع بیع است و هرگاه بیع به دلیلی منحل شود حواله نیز از آن پیروی می‌کند. به ویژه، اگر پذیرفته شود که حواله نوعی استیفاء است و بدین وسیله خریدار بدهی خود را می‌پردازد، پس از فسخ بیع و بری شدن خریدار دیگر وجود حواله محملی ندارد[1]. در تأیید این نظر می‌توان افزود که، فسخ بیع به معنی رد مبیع به فروشنده و از بین بردن طلب ثمن است و پس از صدور حواله نیز بدان می‌ماند که محیل دین حواله شده را بپردازد. پس، همچنان که پرداخت دین از سوی هر بیگانه‌ای محال‌علیه را بری می‌کند، فسخ بیع و بازگشت ثمن به خریدار و از بین رفتن طلب محیل باید سبب از بین رفتن دین محال‌علیه، که چیزی جز همان دین محیل نیست، بشود.

۲. گروه دیگر، اعتقاد دارند که حواله عقدی مستقل است و نباید آن را تابع بیع شمرد. برای صحت حواله، کافی است که عقد بیع در زمان انعقاد آن درست باشد تا اشتغال ذمهٔ محیل به محتال تحقق یابد. ولی، فسخ بیع بعد از حواله و انتقال دین به ذمهٔ محال‌علیه باعث انفساخ حواله نخواهد شد. زیرا، اثر فسخ نسبت به آینده است و در گذشته اثر نمی‌کند تا مبنای حواله را از بین ببرد. به اضافه، این مورد مانند این است که خریدار یا فروشنده در آنچه به دست آورده است تصرف کند و پس از آن عقد بیع فسخ شود. پس، همانگونه که فسخ بیع اعتبار تصرف بعدی را از بین نمی‌برد (مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ ق.م.)، به نفوذ حواله نیز خللی نمی‌رساند و آن را فسخ نمی‌کند[2].

مادهٔ ۷۳۳ قانون مدنی در این باره اعلام می‌کند که: «**اگر بیع به واسطهٔ فسخ یا اقاله منفسخ شود حواله باطل نبوده، لیکن محال‌علیه بری و بایع یا مشتری می‌تواند به یکدیگر رجوع کند**».

این حکم مبهم است، زیرا معلوم نمی‌کند که محال‌علیه از چه دینی و در برابر چه کسی بری می‌شود. از دینی که پیش از تحقق حواله به محیل داشته است یا از دینی که پس از آن به محتال پیدا می‌کند؟

۱. شیخ طوسی، خلاف، ج ۲، ص ۱۳۰ ـ محقق، شرایع (با تردید) ـ محقق ثانی، جامع‌المقاصد، ج ۱۷ ص ۳۲۲ ـ بحرانی، حدائق ـ چ سنگی، ج ۵، ص ۳۰۵ و ۳۰۶.

۲. سید محمد کاظم یزدی، عروة‌الوثقی، ج ۲، ص ۳۴۱ ـ میرزا حسن بجنوردی، القواعد الفقهیة، ج ۶، ص ۱۱۳ ـ و از نویسندگان حقوق مدنی: دکتر سید حسن امامی، ج ۷، ص ۲۹۹.

قید «لیکن» نشانهٔ این است که آنچه گفته می‌شود استثنایی بر آثار طبیعی بقای حواله است. وانگهی، با تحقق حواله دین محال‌علیه به محیل از بین می‌رود و تنها دینی که برای او باقی می‌ماند تعهد در برابر محتال است. پس، وقتی قانونگذار اعلام می‌کند «حواله باطل نبوده لیکن محال‌علیه بری» می‌شود، ظاهر این است که به دین انتقال یافته در زمان فسخ بیع نظر دارد[1]. بر این مبنا، اگر محال‌علیه وجه حواله را نپرداخته باشد، دیگر نمی‌پردازد و محتال باید به محیل رجوع کند و این خود به معنی انحلال حواله است.

در هر حال، بیشتر نویسندگان حقوق مدنی تفسیر گروه دوم را پذیرفته‌اند و گفته‌اند محال‌علیه در برابر محیل بری می‌شود[2]، حواله منحل نشده است و باید اجرا شود. ولی، این راه حل به ویژه در فرضی که حواله از سوی خریدار به سود فروشنده صادر می‌شود قابل انتقاد به نظر می‌رسد. زیرا، چنان که گفته شد، فسخ بیع به منزلهٔ پرداخت ثمن به فروشنده است (از نظر سقوط طلب) و چگونه حقوق می‌تواند پرداخت دینی را که از بین‌رفته است مجاز شمارد و آنگاه گیرنده را ملزم به رد آن کند؟ باید از این دوباره کاری پرهیز کرد و فروشنده را از گرفتن پولی که استحقاق آن را ندارد بازداشت[3]. شگفتی شارحان قانون مدنی ناشی از غفلت به این نکتهٔ مهم است که بدهی محال‌علیه همان دین خریدار است که بر عهدهٔ او قرار گرفته است و دین جدیدی نیست و در انتقال طلب، همان دین با تمام ویژگی‌های خود، از جمله بستگی به موقعیت قراردادی، جابه‌جا می‌شود[4].

۱. به اضافه، تنها در این صورت است که حکم قانونگذار دربارهٔ «برائت محال‌علیه» در مورد حوالهٔ بر مدیون و حواله بر بری صادق است. زیرا، اگر مقصود از بری شدن در برابر محیل باشد، در حوالهٔ بر بری مصداقی ندارد.

۲. دکتر سید حسن امامی، ج ۲، ص ۳۰۰ ـ دکتر جعفری لنگرودی، عقد حواله: ش ۱۴۳ ـ مصطفی عدل، حقوق مدنی، ش ۷۷۶ (منتها، گفته شده است محال‌علیه پس از پرداخت بری می‌شود) ـ دکتر سید حسین صفایی، حقوق مدنی، ج ۲، ص ۴۷۲.

۳. برای مطالعهٔ بیشتر، رک. ناصر کاتوزیان: عقود معین، ج ۴، ش ۲۷۳؛ نظریهٔ عمومی تعهدات، ش ۱۷۶.

۴. در این باره، رک. نظریهٔ عمومی تعهدات، ش ۱۷۶.

مبحث دوم: انحلال ارادی حواله؛ فسخ و اقاله

۱۹۹. اعسار محال‌علیه:

گفته شد که حواله عقدی است لازم و اعمال همهٔ خیاراتی که در عقود معوض وجود دارد با طبیعت آن سازگار به نظر نمی‌رسد و به همین جهت نیز قانون مدنی موارد فسخ را معین کرده است (مادهٔ ۷۳۲). یکی از آن موارد، که ویژهٔ انتقال دین است، اعسار انتقال گیرنده و جهل طلبکار به این وضع است. مادهٔ ۷۲۹ قانون مدنی در این زمینه مقرر می‌دارد: «هرگاه در وقت حواله محال‌علیه معسر بوده و محتال جاهل به اعسار او باشد، محتال می‌تواند حواله را فسخ و به محیل رجوع کند».

نظیر این ماده در ضمان نیز آمده است (مادهٔ ۶۹۰ ق.م.ش ۱۱۶). بنابراین، آنچه دربارهٔ اعسار ضامن گفته شد، در مورد محال‌علیه نیز قابل اجراست و نیازی به تکرار آن وجود ندارد.

وانگهی، فوری بودن خیار چیزی بیشتر از محدود ساختن صاحب خیار به مهلت متعارف یا مورد نیاز او است و برای اثبات آن نیز دلیلی محدود کننده‌تر لازم است. از اینها گذشته، شمار خیارات محدود است و تصریح قانونگذار به فوری بودن پاره‌ای از آنها و سکوت دربارهٔ سایرین خود قرینه است که این قید (فوریت) را استثنای بر اصل و نیازمند تصریح می‌دیده است.

۲۰۰. خیار شرط و تخلف از شرط :

به موجب مادهٔ ۷۳۲ قانون مدنی، ممکن است در عقد حواله خیار فسخ شرط شود. شرط خیار تابع قواعد عمومی است (مادهٔ ۳۳۹ به بعد ق.م.) و می‌تواند به سود محیل یا محتال یا محال‌علیه یا شخص خارجی ایجاد شود.

چنان که گفته شد، با این که انشاء مادهٔ ۷۳۲ به گونه‌ای است که وجود سایر خیارات را در حواله نفی می‌کند، اجرای خیار تخلف از شرط را نیز در حواله نمی‌توان انکار کرد؛ چنان که در مادهٔ ۷۰۱ قانون مدنی نیز در موردی کاملاً مشابه (ضمان)، علاوه بر اعسار ضامن و خیار شرط، «تخلف از مقررات عقد» را نیز از موارد فسخ دانسته است.

خیار تخلف از شرط نیز، خواه مربوط به شرط فعل یا نتیجه باشد، تابع قواعد عمومی تخلف از شرط است (مواد ۲۳۲ تا ۲۴۶ ق.م.). همچنین، احتمال دارد که در اثر تخلف از شروط ضمنی و «بنای طرفین» نیز خیار فسخ ایجاد شود که اعسار محال‌علیه یکی از مصداقهای بارز آن در مادهٔ ۷۳۲ است.

۲۰۱. اقالهٔ حواله :

اقاله یکی از اسباب عمومی سقوط تعهد است (مواد ۲۸۳ به بعد ق.م.). بنابراین، هر عقد را دو طرف آن می‌توانند اقاله کنند، مگر این که دلیل ویژه‌ای آن را منع کند یا به حقوق عمومی و اشخاص ثالث زیان برساند. اقالهٔ حواله از این قبیل نیست و باعث می‌شود تا طلب محتال دوباره به ذمهٔ محیل بازگردد و محال‌علیه نیز در برابر محتال بری شود و در مقابل محیل همان وضعی را پیدا کند که پیش از حواله داشته است.

تنها بحثی که در این باره مطرح می‌شود تمیز اطراف اقاله است. آیا محیل و محتال می‌توانند، بدون دخالت محال‌علیه، عقد را به تراضی بر هم زنند یا محال‌علیه نیز یکی از اطراف اقاله است؟ پاسخ این مسأله بستگی به چگونگی انعقاد حواله دارد، زیرا همان اشخاصی که عقد را به وجود آورده‌اند توانایی انحلال آن را دارند. پس، اگر محال‌علیه نیز یکی از اطراف عقد باشد، بیگمان باید ارادهٔ او در اقاله نیز مؤثر شود.

عقد کفالت

عقد کفالت

۲۰۲. تعریف :

در مادهٔ ۷۳۴ قانون مدنی، کفالت بدین عبارت تعریف شده است: «**کفالت عقدی است که به موجب آن احد طرفین در مقابل طرف دیگر احضار شخص ثالثی را تعهد می‌کند. متعهد را کفیل، شخص ثالث را مکفول و طرف دیگر را مکفول‌له می‌گویند**».

نخستین پرسشی که در برابر تعریف قانون به نظر می‌رسد این است که طرف عقد چه رابطه‌ای با مکفول دارد که می‌تواند آن را به وسیلهٔ کفیل احضار کند؟ آیا در برابر هر بیگانه‌ای می‌توان احضار دیگری را به عهده گرفت و قانونگذار چنین تعهدی را مشروع و نافذ می‌داند؟

تحلیل همین پرسش نقص مادهٔ ۷۳۴ را آشکار می‌سازد. زیرا، از مفاد مواد قانون مدنی (۷۳۶ و ۷۴۰ و ۷۴۵ و ۷۵۱) و پیشینهٔ تاریخی این نهاد حقوقی به خوبی بر می‌آید که کفالت از وثائق و تضمینات دین است. مکفول‌له باید طلبی داشته باشد یا دعوای مربوط به طلبی را آغاز کند، تا برای اطمینان خاطر او و جلوگیری از فرار احتمالی مدیون، گرفتن کفیل معنی پیدا کند. پس، در تعریف کفالت می‌توان گفت: «**عقدی است که به موجب آن تعهد به احضار ثالثی که بر او ادعای حقی شده است در برابر طلبکار یا مدعی می‌شود**».

حقی که بر مکفول ادعا می‌شود، ممکن است از حقوق عمومی باشد، چنان که دادگاهی از متهم کفیل بخواهد تا به هنگام تحقیق یا دادرسی حاضر شود. ولی، وجود

حق یا ادعای آن بر مکفول از عناصر اساسی نفوذ کفالت است و بر همین مبنا نیز بعضی ادعا کرده‌اند که کفیل نمایندهٔ طلبکار در احضار مدیون است[1].

با وجود این، نباید پنداشت که در کفالت نیز، مانند ضمان، دین بر عهدهٔ کفیل قرار می‌گیرد. کفالت تعهد به احضار است نه تعهد به پرداخت دین. درست است که، هرگاه کفیل از عهدهٔ احضار برنیاید یا از انجام دادن آن خودداری کند، «باید از عهدهٔ حقی که بر عهدهٔ مکفول ثابت می‌شود برآید» (مادهٔ ۷۴۰ ق.م.). ولی، التزام به پرداخت دین نتیجهٔ اجرا نکردن تعهد مربوط به احضار است نه اثر مستقیم عقد. به بیان دیگر، کفیل نیز، مانند هر متعهد دیگر، باید خسارت ناشی از عدم انجام تعهد را بدهد. ایفاء دین مکفول، در واقع همین خسارت است که قانونگذار میزان متعارف آن را به اندازهٔ دین قرار داده است.

۲۰۳. ماهیت حقوقی تعهد :

قرارداد بین کفیل و طلبکار هیچ تعهدی برای مکفول (ثالث) ایجاد نمی‌کند. وضع حقوقی کفیل نیز در برابر او با آنچه پیش از کفالت بوده است تفاوت ندارد. اثر کفالت نسبی و محدود به رابطهٔ کفیل و مکفول‌له است: بدین معنی که کفیل تعهد احضار مکفول را در برابر مکفول‌له می‌کند و ملتزم می‌شود که، هرگاه نتواند به تعهد خود عمل کند، دین مکفول یا وجه التزام معینی را بدهد. تعهد کفیل در این زمینه «تعهد به نتیجه» است و اثبات کوشش متعارف در راه اجرای آن موجب برائت او نمی‌شود و تنها وجود قوهٔ قاهره است که عذر موجه به شمار می‌آید. پس، همین که کفیل از احضار عاجز بماند و نتواند وجود مانع خارجی و احترازناپذیر را اثبات کند، بر طبق قواعد عمومی، بایستی خسارت ناشی از آن را جبران کند. این خسارت، در کفالت به طور مقطوع (وجه التزام) معین می‌شود و قانونگذار نیز آن را به میزان دین مقرر کرده است.

بدین ترتیب، از عقد کفالت هیچ التزامی برای مکفول ایجاد نمی‌شود تا نگرانی از تجاوز اثر عقد به او مورد داشته باشد. تعهد کفیل از مصداق‌های بارز «تعهد به فعل ثالث» یا «تضمین فعل ثالث» است که مبنای آن در پایان مادهٔ ۲۳۴ قانون مدنی (شرط

۱. علامهٔ حلی، تذکره، ج ۲، ص ۹۹ ـ محمد بروجردی عبده، حقوق مدنی، ص ۳۸۶.

فعل) آمده است و در حقوق کنونی مانندهای بسیار دارد[1]. با وجود این، هرگاه کفالت به اذن یا درخواست مکفول شود، مکفول متعهد به حضور می‌شود. ولی، این تعهد ناشی از عقد کفالت نیست و مربوط به رابطهٔ ویژهٔ ناشی از اذن است.

۲۰۴. اوصاف عقد :

از تعریف مادهٔ ۷۳۴ و احکام آن، اوصاف زیر برای عقد کفالت استنباط می‌شود:

۱. کفالت عقد مجانی است: بدین تعبیر که در برابر تعهد کفیل به احضار مکفول، هیچ پاداش و عوضی قرار نمی‌گیرد و مکفول‌له نیز تعهدی پیدا نمی‌کند. با وجود این، مانعی ندارد که شرطی به سود کفیل بشود و از این رهگذر مالی عاید او گردد.

۲. عقد تبعی است: زیرا نفوذ آن منوط به وجود حق یا ادعای آن بر مکفول است و با سقوط این حق نیز از بین می‌رود.

۳. عقد لازم است، منتها از یک سو: زیرا کفیل نمی‌تواند آن را بر هم زند ولی مکفول‌له حق دارد از وثیقه‌ای که برای طلب او ایجاد شده است بگذرد. باید افزود که همین التزام کفیل نیز به تنهایی سبب می‌شود که کفالت اوصاف عقد لازم را پیدا کند و با فوت و حجر مکفول‌له منحل نشود.

۴. عقدی است مربوط به نفس انسان نه اموال او: زیرا کفیل به احضار مکفول تعهد می‌کند نه به پرداخت دین او. التزام به تأدیهٔ دین مکفول، تعهد جدیدی است که در نتیجهٔ پیمان‌شکنی کفیل به وجود می‌آید و اثر مستقیم عقد نیست.

۵. کفالت قائم به شخص کفیل است و با مرگ او از بین می‌رود.

۲۰۵. تفاوت کفالت با ضمان :

با این که ضمان به معنی خاص و کفالت از افراد ضمان به معنی عام است وگاه نیز این دو اصطلاح به جای یکدیگر به کار می‌رود، بین کفالت و ضمان این تفاوت مهم وجود

۱. ناصر کاتوزیان، دورهٔ مقدماتی حقوق مدنی، ج ۱، اعمال حقوقی، ش ۸۹۲؛ قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ش ۳۷۸.

دارد که، در ضمان از مدیون، دین به ذمهٔ ضامن منتقل می‌شود و مدیون در برابر طلبکار بری می‌گردد. ولی در کفالت، دین همچنان بر ذمهٔ مدیون باقی می‌ماند و کفیل احضار او را عهده‌دار می‌شود.

این تفاوت اساسی باعث می‌شود که پاره‌ای از احکام کفالت نیز با ضمان یکسان نباشد که از جملهٔ آنهاست:

۱. در اثر ضمان، چون دین منتقل می‌شود و مدیون برائت حاصل می‌کند، تضمین‌ها و وثایق دین نیز از بین می‌رود. ولی، در کفالت از مدیون، همهٔ عوارض و اوصاف و تضمین‌های دین باقی است.

۲. بعد از وقوع ضمان، چون مضمون‌عنه از دین بری می‌شود، اذن او در پرداخت دین مانند اذن بیگانه‌ای است که مدیون را به وفای عهد می‌خواند. به همین جهت، اذن در ضمان معیار رجوع ضامن به مدیون است نه اذن در پرداخت. لیکن در مورد کفالت، اذن مکفول به پرداخت دین، اذن مدیونی است که به دیگری داده می‌شود. این است که، برخلاف ضمان، اذن در تأدیه نیز سبب رجوع کفیل به مدیون می‌گردد (مادهٔ ۷۵۱ ق.م.).

۳. ضمان عقدی معوض است و، در برابر تعهد ضامن به پرداخت دین، طلب مضمون‌له از مدیون ساقط می‌شود و به همین جهت عقد ضمان برای مضمون‌له نیز لازم است؛ در حالی که کفالت تضمینی به سود مکفول‌له به وجود می‌آورد که می‌تواند از آن بگذرد و عقد را فسخ کند.

۴. اقالهٔ کفالت، هیچ زیانی به مکفول نمی‌رساند و، برخلاف ضمان، نیازی به رضای مدیون ندارد.

۲۰۶. قلمرو و اهمیت:

با وضع کنونی قوانین مربوط به آئین دادرسی و به ویژهٔ قانون منع توقیف اشخاص در قبال تعهدات و الزامات مالی، مصوب آبان ۱۳۵۱، از اهمیت کفالت در دعاوی مدنی بسیار کاسته شده است، چندان که به ندرت دیده می‌شود طلبکاری به کفیل روی آورد یا توانایی این اقدام را داشته باشد.

برعکس، در امور کیفری، کفالت نقش بسیار مؤثری در جلوگیری از فرار متهمان دارد. کفیل گرفتن یکی از شایع‌ترین تأمین‌هایی است که از متهم گرفته می‌شود و قواعد خاصی نیز برای تشریفات اخذ کفیل و شیوهٔ اجبار او به احضار متهم و دادن وجه‌الکفاله وضع شده است. باید دانست که ماهیت کفالت در امور کیفری و مدنی یکسان است و، جز در مواردی که حکم خاصی وجود دارد، قانون مدنی بر روابط کفیل و متهم با مکفول‌له (مقامات عمومی) حکومت می‌کند. با وجود این، باید دانست که کفالت در این مورد چهرهٔ خاص دارد و ضمانت اجرای ان پرداخت دین مکفول نیست. زیرا، کیفر بایستی بر خود مجرم تحمیل شود. ضمانت اجرای کفالت به عنوان تأمین در امور کیفری وجه التزامی است که دادسرا یا دادگاه معین می‌کند.

بنابراین، با همهٔ محدودیت‌هایی که کفالت در امور مدنی پیدا کرده است، از اهمیت آن نباید غافل ماند و نقشی راکه در تنظیم روابط اجتماعی دارد ندیده گرفت.

فصل اول

انعقاد و شرایط صحت کفالت

۲۰۷. ایجاب و قبول :

دیدیم که کفالت در زمرهٔ عقود است. پس، برای انعقاد آن بایستی تراضی به وسیلهٔ ایجاب و قبول اعلام شود. جمعی از فقهای امامیه مکفول را نیز طرف عقد شمرده‌اند. ولی قانون مدنی نظر اکثریت را پذیرفته است و در مادهٔ ۷۳۵ اعلام می‌کند: «**کفالت به رضای کفیل و مکفول‌له واقع می‌شود**». بنابراین، مکفول در این تراضی نقشی ندارد؛ شخص ثالثی است که کفیل تعهد احضار او را نزد طلبکار می‌کند[۱].

ایجاب کفالت به طور معمول از سوی کفیل گفته می‌شود، زیرا او است که احضار مکفول را به عهده می‌گیرد. قبول کفالت نیز با مکفول‌له است که، هرچند در برابر کفیل امری را به عهده نمی‌گیرد، به مکفول امتیاز می‌دهد و با رهایی او یا اموالش موافقت می‌کند. بنابراین جای شگفتی نیست اگر ارادهٔ مکفول‌له نیز از ارکان عقد به شمار آید.

۱. بنابراین، حجر مکفول اثری در نفوذ عقد ندارد، مگر این که احضار او را بی‌فایده و لغو کند. همچنین، ورشکستگی مکفول مانع از نفوذ کفالت نیست. زیرا، ورشکسته در این عمل حقوقی نقشی ندارد و هیچ التزامی نیز برای او به وجود نمی‌آید ـ نظری که رضای مکفول را شرط می‌داند منسوب به شیخ طوسی در مبسوط و ابن ادریس است و علامه در تحریر آن را تقویت کرده است، ص ۲۲۴.

۲۰۸. کفالت حکمی و قهری :

در مادهٔ ۷۴۵ قانون مدنی می‌خوانیم: «هرکس شخصی را از تحت اقتدار ذیحق یا قائم‌مقام او بدون رضای او خارج کند در حکم کفیل است و باید آن شخص را حاضر کند والّا باید از عهدهٔ حقی که بر او ثابت شود برآید». در توضیح مفاد و مبنای این حکم توجه به چند نکته ضروری است، اگرچه پاره‌ای از مطالب آن مربوط به آثار کفالت باشد:

۱. در حقوق خصوصی، هیچ‌طلبی باعث نمی‌شود که طلبکار بر بدهکار اقتداری بیابد که بتواند او را زندانی کند یا آزادی رفت و آمد و مسافرت او را بگیرد. با وجود این، در مواردی که خودداری از پرداخت دینی جرم و تعقیب متهم منوط به شکایت طلبکار است، مانند پرداخت وجه چک بدون محل و نفقهٔ زن، مادهٔ ۷۴۵ در امور مدنی نیز مصداق پیدا می‌کند. برای مثال، اگر دارندهٔ چک شکایت کند و برگ جلب صادرکننده به درخواست او صادر شود و شخصی متهم را از دست مأمور اجرا فراری دهد، در برابر دارندهٔ چک نیز در حکم کفیل است.

برعکس، در حقوق عمومی و در مواردی که زندانیان یا مأمور اجرا باعث فرار متهم می‌شود، مادهٔ ۷۴۵ مصداق‌های فراوان دارد.

۲. تعهد کفیل در این موارد ریشهٔ قراردادی ندارد و قانون آن را بر عهدهٔ او قرار می‌دهد و به همین مناسبت نیز «کفیل حکمی یا قهری» نامیده می‌شود. در توجیه این مسؤولیت می‌توان گفت، چون فراری دهنده بدین وسیله سبب ورود خسارت به دیگری شده است، باید آن را جبران کند (قاعدهٔ لاضرر). بنابراین، دیوانه و کودک و سفیه نیز از این مسؤولیت مصون نیستند و باید زیان‌های ناشی از کار خود را جبران کنند (مادهٔ ۱۲۱۶ ق.م.). همچنین، اگر کفیل قراردادی نیز مرتکب چنین تقصیری شود، طلبکار می‌تواند، در صورتی که نفعی در این کار داشته باشد، به کفالت قهری او استناد کند. زیرا، مسؤولیت کفیل در این فرض ناشی از فرار دادن متهم است نه حاضر نکردن او.

لزومی ندارد که فراری دادن مدیون به مباشرت کفیل انجام گیرد و جنبهٔ مادی داشته باشد، دادن تعلیمات لازم و نشان دادن راه فرار نیز کافی است.

۳. جبران خسارت به احضار مدیون و همچنین پرداخت دین او انجام می‌پذیرد.

اکنون باید دید آیا کفیل حکمی در انتخاب یکی از این دو وسیله آزاد است یا صاحب حق می‌تواند او را به احضار ملتزم کند و در صورت ناتوانی او از این اقدام دین را بپذیرد؟

از ظاهر مادهٔ ۷۴۵ بر می‌آید که کفیل حکمی اختیار انتخاب دارد و نمی‌توان کسی را که حاضر به پرداخت دین دیگری است الزام به احضار او کرد. در کفیل قراردادی نیز عبارتی مانند مادهٔ ۷۴۵ گفته شده است که از آن نیز استفادهٔ تخییر می‌شود (مادهٔ ۷۴۰ ق.م.).

۴. سؤال دیگری که در این زمینه مطرح می‌شود و پاسخ‌های گوناگونی به همراه دارد، این است که آیا رضای مدیون به فرار و اذن او به اقدام کفیل نیز در حکم اذن به پرداخت دین او است و در نتیجه پس از اداء دین رجوع کفیل به او امکان دارد، یا باید اذن صریح در اداء دین داده شود؟

به نظر می‌رسد که رضای به گریز از دست طلبکار متضمن اذن در تأدیه نیست. هیچ ملازمه‌ای هم بین رها شدن از دست طلبکار و اداء دین وجود ندارد. اذن درتأدیه یا کفالت عمل ارادی است و باید موضوع قصد بدهکار قرار گیرد، ولی حقیقت این است که مدیون در آن هنگام نه در اندیشهٔ اذن به کفالت است نه در پی اذن به تأدیه؛ او تنها در جستجوی آزادی است و آزاد شدن هیچ دلالتی بر اذن دادن ندارد. پیروان معدود نظر دوم بیشتر به انصاف می‌اندیشند تا کسی که احسانی کرده ضرری نبیند، وگرنه از نظر حقوقی، به دشواری می‌توان ضمان قهری رها کننده را از خواسته‌های مدیون شمرد.

۲۰۹. لزوم معلوم و معین بودن مکفول و مکفول‌له :

موضوع تعهد کفیل احضار مکفول است. پس، باید معلوم باشد که از چه کسی کفالت می‌شود. معرفت تفصیلی به شخص او ضرورت ندارد، ولی باید به گونه‌ای معلوم شود که متعلق قصد دو طرف قرار گیرد. همچنین، کفالت یکی از چند نفر درست نیست؛ چنان که قانونگذار ضمان یکی از چند دین را نیز باطل می‌داند (مادهٔ ۶۹۴ ق.م.).

همچنین است شناسایی اجمالی مکفول‌له که طرف عقد قرار می‌گیرد و باید معلوم و معین باشد (مادهٔ ۶۹۵ ق.م.).

۲۱۰. آیا قدرت بر تسلیم مکفول شرط صحت کفالت است :

در قانون مدنی حکم صریحی در این باره وجود ندارد، ولی بعضی از نویسندگان خواسته‌اند تا با قیاس بیع و کفالت، از مواد ۳۴۸ و ۳۷۰ چنین استنباط کنند که «قدرت بر تسلیم» مکفول در کفالت نیز از شرایط درستی عقد است[۱].

این نظر در موردی که تعهد کفیل برای همگان غیرمقدور و نامعقول به نظر می‌رسد درست است. برای مثال، اگر کشاورزی تعهد احضار زندانی سیاسی در کشور دیگر را بکند، باید عقد را به دلیل فقدان ارادهٔ جدی آنان بر ایجاد تعهد یا غیرعقلائی بودن باطل شمرد. ولی، در عقدی مانند کفالت، که مبتنی بر احسان و ارفاق و امید به نفوذ معنوی کفیل در مدیون است، احتمال توانایی او بر احضار نیز کفایت می‌کند و قدرت واقعی بر آن شرط نیست. زیرا، چنان که گفته شد، در حقوق کنونی هیچ‌کس سلطه بر احضار مدیون و متهم ندارد و این تنها از عهدهٔ مقامات عمومی بر می‌آید. پس، ناچار باید به «احتمال معقول توانایی» کفایت کرد و قواعد حاکم بر تسلیم اشیاء را در اشخاص جاری نساخت. به بیان دیگر، ناتوانی در احضار مدیون در صورتی موجب بطلان عقد است که «مطلق» باشد و همه از آن عاجز باشند.

به اضافه، شرط بودن «قدرت بر تسلیم» در کفالت، مستلزم این است که ناتوانی کفیل در احضار مدیون کاشف از بطلان عقد باشد و هیچ‌گاه نوبهٔ ادای دین فرا نرسد. در حالی که قانونگذار در چنین حالتی کفیل را به پرداخت دین ملزم می‌سازد (مادهٔ ۷۴۰ ق.م.). الزام به تأدیهٔ دین، در واقع ضمانت اجرای تعهد اصلی کفیل (احضار مدیون) و خسارات ناشی از عدم انجام آن است. قانون تعهد درست را تضمین می‌کند و از بابت اجرا نشدن تعهد باطل نمی‌توان از کسی خسارت مطالبه کرد. پس، اجبار کفیل ناتوان به پرداخت دین مکفول دلیل بر درستی تعهد او به احضار است.

۲۱۱. لزوم ثبوت دین :

نخستین پرسشی که دربارهٔ دین مطرح می‌شود این است که، اگر اختلافی در وجود و

۱. دکتر جعفری لنگرودی، عقد کفالت، ص ۷۰.

اثبات دین نباشد، در چه مورد می‌توان کفیل گرفت؟ آیا باید دین ثابت در ذمهٔ مکفول باشد یا کفالت برای دینی که سبب آن ایجاد شده و هنوز شرایط ثبوت آن تحقق نیافته نیز درست است؟

ممکن است ادعا شود که، به قیاس با ضمان، در کفالت نیز وجود سبب دین کافی است و، برای مثال، می‌توان از جاعل پیش از انجام عمل در برابر عامل کفالت کرد. ولی، این ادعا را نباید پذیرفت، زیرا موضوع تعهد کفیل احضار مکفول نزد مقام عمومی است. پس، باید دید چه کسی را می‌توان به دادگاه فرا خواند؟ بیگمان، سبب دین کافی برای مطالبهٔ حق و اقامهٔ دعوا نیست و در چنین حالتی بیم فرار مدیون احتمالی نیز مجوز احضار به شمار نمی‌آید. در نتیجه، کفیل هم نمی‌تواند تعهد به امری نامقدور کند و انجام دادن کاری را از مکفول بخواهد که طرف اصلی او نیز حق درخواست آن را ندارد. برعکس، در ضمان، چون موضوع تعهد پرداخت دین است، می‌توان انتقال دین معلق و ناتمام را، به عنوان موجود حقوقی، تصور کرد و ضامن چیزی را بیش از آنچه مدیون اصلی بر ذمه دارد به عهده نمی‌گیرد.

۲۱۲. علم اجمالی به دین کافی است :

پرسش دیگر این است که، آیا علم کفیل به مقدار و جنس و اوصاف دین مکفول لازم است، یا از دین مجهول نیز می‌توان کفالت کرد؟

در پاسخ باید گفت، چنان که بارها گفته شد، موضوع تعهد کفیل احضار مکفول است نه پرداخت دین. بنابراین، معلوم بودن مکفول برای درستی عقد کافی است. الزام احتمالی کفیل به پرداخت دین، تعهدی است که در نتیجهٔ انجام ندادن تعهد اصلی و به حکم قانون ایجاد می‌شود و در زمرهٔ ارکان عقد موضوع تراضی قرار نمی‌گیرد؛ چنان که در هیچ عقدی مجهول ماندن «خسارات ناشی از عدم انجام تعهد» به صحت معامله صدمه‌ای نمی‌زند. به اضافه، کفالت نیز مانند ضمان از عقود مسامحه است و وقتی در ضمان، که موضوع مستقیم آن انتقال دین است، مجهول ماندن دین باعث بطلان عقد نشود، به طریق اولی در کفالت نباید اهمیتی داشته باشد.

با وجود این، چون تردید در کفالت از مدیون برای یکی از دو دین به تردید در اصل تعهد می‌انجامد و پس از اقامهٔ دعوا برای یکی از دو دین معلوم نیست که تعهد کفیل چیست، باید عقد را باطل دانست.

۲۱۳. لزوم تعیین مدت در کفالت موقت و مؤجل :

به موجب مادهٔ ۷۳۷ قانون مدنی: «**کفالت ممکن است مطلق باشد یا موقت و در صورت موقت بودن باید مدت آن معلوم باشد**». این ماده به خودی خود اشکالی ایجاد نمی‌کند، زیرا می‌توان «موقت» را نیز در برابر «مطلق» قرار داد. ولی اشکال در این است که قانونگذار در مادهٔ ۷۳۹، که در واقع دنبالهٔ احکام مادهٔ ۷۳۷ است، مقرر می‌دارد: «**در کفالت مطلق، مکفول‌له هر وقت بخواهد می‌تواند احضار مکفول را تقاضا کند ولی در کفالت موقت قبل از رسیدن موعد حق مطالبه ندارد**» و نشان می‌دهد که بین کفالت «مؤجل» و «موقت» اشتباه کرده است. پیشینهٔ تاریخی این مواد مؤید این است که مقصود لزوم تعیین اجل در کفالت مؤجل است.

با وجود این، چون نامعلوم بودن مدت در کفالت مؤجل و موقت باعث ابهام در تعیین حدود تعهد کفیل می‌شود، حکم مادهٔ ۷۳۷ در هر دو مورد اجراء می‌شود. پس، اگر مدت کفالت یک ماه باشد، باید آغاز و انجام آن معین باشد و قواعد اجاره را می‌توان دربارهٔ آن اجرا کرد. همچنین، اگر معلوم باشد که مقصود این است که کفیل پس از چندی مکفول را حاضر کند، این اجل باید مجهول نماند.

به هر حال، مجهول ماندن موعد احضار، از جهت اثر مستقیم در تعهد اصلی باعث بطلان عقد می‌شود (بند ۲ مادهٔ ۲۳۳ ق.م.). این شرط مجهول از قبیل نامعین ماندن مدت اجاره است (مادهٔ ۴۶۷ ق.م.) و نباید آن را با مواردی که مطلوب فرعی عقد را مبهم می‌سازد (مانند موعد تسلیم مبیع و تأدیهٔ ثمن) و صدمه‌ای به عقد نمی‌زند قیاس کرد.

فصل دوم

آثار کفالت

۲۱۴. تحلیل این آثار:

عقد کفالت میان کفیل و طلبکار واقع می‌شود. پس، آثار کفالت باید محدود به رابطهٔ میان آن دو باشد و در واقع تعهدهای کفیل را معین کند. ولی، چون عقد کفالت به انگیزهٔ احسان و ارفاق به مدیون و توثیق طلب از راه احضار او انجام می‌شود و در غالب موارد کفیل به خواهش مکفول این تعهد را بر ذمه می‌گیرد، تنظیم رابطهٔ این دو نیز با وقوع عقد و انجام تعهد کفیل ارتباط نزدیک دارد. به همین مناسبت، قانونگذار احکام ناظر به این رابطه را در فصل کفالت آورده است (مادهٔ ۷۵۱ ق.م.) و ما نیز از این شیوه پیروی می‌کنیم.

بدین ترتیب، فصل دوم در دو مبحث جداگانه طرح می‌شود:

۱. رابطهٔ کفیل و مکفول‌له؛

۲. رابطهٔ کفیل و مکفول.

مبحث اول: رابطهٔ کفیل و مکفول‌له

۲۱۵. تعهد کفیل؛ احضار مدیون:

چنان که گفته شد، در عقد کفالت، تنها کفیل در برابر مکفول‌له متعهد می‌شود و اگر منفعتی از آن متصور باشد عاید مکفول می‌گردد و مکفول‌له در برابر کفیل امری را به عهده نمی‌گیرد. موضوع تعهد کفیل احضار مدیون است و همهٔ مباحث دربارهٔ همین تعهد اصلی است:

قانون مدنی کفیل را ملزم کرده است تا، در صورت انجام ندادن تعهد اصلی خود، دین مکفول را بپردازد، ولی، این الزام اثر مستقیم عقد نیست و تعهد به پرداخت دین موضوع قصد مشترک قرار نمی‌گیرد. سبب این تعهد، پیمان‌شکنی یا ناتوانی کفیل است و قانون آن را تحمیل می‌کند. با وجود این، الزام به ادای دین مکفول نیز، از لحاظ ارتباط سبب آن با عقد کفالت، به طور تبعی در زمرهٔ تعهدهای کفیل می‌آید که در واقع ضمانت اجرای تعهد اصلی او است.

تعهد به احضار «تعهد به نتیجه» است. بنابراین، ناتوانی کفیل او را بری نمی‌سازد و احراز این امر که آنچه در توان داشته انجام داده است اجرای تعهد به شمار نمی‌آید. کفیل باید مکفول را به گونه‌ای که متعهد شده است حاضر کند (مادهٔ ۷۴۰ و بند ۱ از مادهٔ ۷۴۶ ق.م.)، و گرنه متخلف است و باید زیان ناشی از آن را جبران کند. در این که، آیا اثبات وجود قوهٔ قاهره نیز می‌تواند عذر موجه به شمار آید یا تعهد کفیل به منزلهٔ تضمین «احضار» است و در هر حال باید دین مکفول پرداخته شود، اختلاف است: از ظاهر مادهٔ

۷۴۰ چنین بر می‌آید که کفیل ناتوان باید دین را بپردازد. ولی، به این ظهور نمی‌توان اعتماد کرد، و بر مبنای قواعد عمومی تعهدات و آئین دادرسی مدنی باید قوهٔ قاهره را عذر موجه به حساب آورد.

۲۱۶. زمان احضار :

زمان احضار را باید در کفالت مطلق و مؤجل و موقت جداگانه بررسی کرد :

۱. کفالت مطلق : در صورتی که کفالت مطلق باشد و هیچ موعدی برای ایفاء به عهد کفیل در آن نیاید، دین او نیز بر طبق قواعد عمومی حال محسوب می‌شود (بند ۲ مادهٔ ۴۹۰ ق.م.). بر همین مبنا است که مادهٔ ۷۳۹ قانون مدنی می‌گوید: «در کفالت مطلق، مکفول‌له هر وقت بخواهد می‌تواند احضار مکفول را تقاضا کند». پس، اگر کفیلی احضار متهمی را در دادگاه به عهده بگیرد، هر زمان که دادگاه حضور مکفول را لازم بداند، می‌تواند، از کفیل بخواهد و الزام او منوط بر ابلاغ این درخواست است.

در عقد کفالت نیز می‌توان شرط کرد که کفیل متعهد است، هر زمان که مکفول‌له بخواهد، مکفول را حاضر کند. در این صورت، کفالت عقد مقیدی است که همان اثر عقد را مطلق دارد و از تصریح فایده‌ای به بار نمی‌آید. ولی، آنچه باید از نظر دور نداشت این است که در کفالت مطلق، و حتی در جایی که به احضار مکفول در مورد تقاضای طلبکار تصریح می‌شود، این قید ضمنی وجود ارد که احضار مکفول باید در صورت نیاز به استیفای حق و به طور متعارف خواسته شود. پس، مکفول‌له نمی‌تواند از این اختیار سوءاستفاده کند و احضار مکفول را گاه و بیگاه، به قصد آزار او یا گرفتن وجه التزام از کفیل، در زمان متناسب و بدون ضرورت بخواهد (مادهٔ ۱۳۲ ق.م.). زیرا، این گونه سوءاستفاده‌ها باعث اضرار ناروا به کفیل و مکفول است و حق مکفول‌له را محدود می‌کند.

۲. کفالت مؤجل : در کفالت مؤجل، پیش از فرا رسیدن موعد، مکفول‌له حق مطالبه ندارد (مادهٔ ۷۳۹) و برای جلوگیری از ابهام و ضرر در تعهد کفیل است که قانونگذار تعیین اجل را لازم می‌داند. با وجود این، هرگاه موعد احضار در آینده قابل تعیین باشد،

مانند تعیین جلسهٔ دادرسی یا روز اجرای حکم، کفالت درست است. زیرا به منزلهٔ موردی است که موعد احضار به ارادهٔ مکفول‌له تعیین می‌شود و کفیل بر مبنای آن تعهد می‌کند. باید افزود که، اگر اجل برای تسهیل کار کفیل و از حقوق او باشد و زیانی به مقصود از احضار نرساند، کفیل می‌تواند از آن بگذرد و مکفول را پیش از موعد احضار کند، ولی در مواردی که به حقوق دو طرف ارتباط پیدا می‌کند، رعایت آن اجباری است (ش ۲۹۵)[1].

۳. کفالت موقت: در کفالت موقت نیز ممکن است موعد احضار در اختیار مکفول‌له باشد (مانند این که ظرف یک ماه کفیل وظیفه دارد، هر زمان که مکفول‌له بخواهد، مکفول را حاضر کند) یا در عقد تعیین شود. در کفالت موقت، باید آغاز و انجام موعد تعهد معین باشد، ولی اگر آغاز آن معین نشود از تاریخ عقد محسوب است (مادهٔ ۴۹۶ ق.م.). زیرا، تأخیر در آغاز موعد نیز مانند تعیین اجل نیاز به تصریح دارد.

۲۱۷. تکرار احضار :

احضار مکفول ممکن است برای یک بار باشد: مانند این که شخصی کفیل مدیون شود که او را برای امضاء سند ذمه‌ای در دفترخانه حاضر کند. همچنین، احتمال دارد که ناظر به چند بار یا همهٔ موارد نیاز و درخواست مکفول‌له باشد، مانند این که شخصی کفیل متهم یا مدعی‌علیه می‌شود تا او را در تمام مراحل دادرسی که دادگاه لازم می‌بیند حاضر کند. گاه نیز تصریح به تکرار یا وحدت موضوع تعهد نمی‌شود، ولی از قرائن و اوضاع و احوال مقصود دو طرف و مبنای تراضی روشن می‌شود که باید از آن پیروی کرد. موضوع دعوا و هدف از احضار نیز می‌تواند به احراز این قصد مشترک کمک فراوان کند.

ولی، پرسش اصلی این است که، اگر از گفته‌ها و نوشته‌های دو طرف و قرینه‌ها و اوضاع و احوال نتوان به مفاد تراضی واقعی پی برد، چگونه باید از این دشواری رها شد؟ آیا اصلی وجود

۱. شیخ محمد حسن نجفی، جواهرالکلام، ج ۲۶، ص ۲۰۰.

دارد که با استناد به آن بتوان مدعی را از منکر بازشناخت؟

شاید این مسأله تاکنون به طور مستقیم در کفالت طرح نشده باشد. ولی، پاسخی که به نظر می‌رسد این است که مفاد تعهد کفیل جز احضار مکفول چیز دیگری نیست و از آن لزوم تکرار بر نمی‌آید. این مفاد با یکبار احضار نیز تحقق می‌یابد و طرفی که بیش از این ادعا دارد باید آن را اثبات کند. پس، در این اختلاف، بر مبنای «اصل برائت» و «اصل عدم سلطه بر دیگران»، مکفول‌له مدعی است و هرگاه از اثبات ناتوان ماند حکم به سود کفیل و برائت او صادر می‌شود.

۲۱۸. مکان احضار :

برای تعیین محل احضار، در مرحلهٔ نخست باید به قصد مشترک طرفین رجوع کرد: برای احراز این قصد، مطمئن‌ترین وسیله توجه به مفاد عقد است. باید دید آنان خود چه عملی را برای انجام تعهد برگزیده‌اند. ولی، هرگاه در عقد تصریح به محل حضور نشود، دادرس بایستی از قرائن و اوضاع و احوال و داوری عرف، بنای آنان را در تراضی تشخیص دهد. برای مثال، در موردی که مکفول برای وصول طلب خود اقامهٔ دعوا کرده است، ظاهر این است که کفیل باید مدیون را در دادگاه مرجع رسیدگی حاضر کند. همچنین است جایی که پیش از انعقاد کفالت دعوایی طرح نشده لیکن در عقد یا مذاکرات پیش از آن آمده است که هدف از تراضی تأمین حضور مکفول در دادگاه بوده است.

در مرحلهٔ دوم، هرگاه از قرارداد و قرائن اطراف آن و عرف نتوان به قصد مشترک پی برد، قانونگذار فرض کرده است که محل تسلیم در محل وقوع عقد باید انجام گیرد. این فرض در صورتی اعتبار دارد که قرینه‌ای برخلاف آن موجود نباشد. برای مثال، اگر عقد کفالت در شهری خارج از اقامتگاه مکفول‌له و محل دادگاه صالح و هنگام مسافرت موقت او واقع شود، روشن است که احضار مکفول در آن محل به‌کار مکفول‌له نمی‌آید و نمی‌تواند چنین مکانی محل مورد تراضی آنان باشد.

آنچه گفته شد، در مادهٔ ۷۴۲ قانون مدنی بدین عبارت آمده است که: **«اگر در کفالت محل تسلیم معین نشده باشد، کفیل باید مکفول را در محل عقد تسلیم کند، مگر اینکه عقد منصرف به محل دیگر باشد».**

۲۱۹. احضار در خارج از زمان و مکان مقرر :

احضار در خارج از زمان مقرر بین دو طرف به طور معمول هنگامی رخ می‌دهد که، به دلیل غیبت و حبس مکفول یا موانع دیگر، کفیل ناتوان از احضار است و ناچار به او مهلت داده می‌شود تا به تعهد خود وفا کند (مادهٔ ۷۳۴ ق.م.). ولی، گاه کفیل زودتر از موعد مکفول را حاضر می‌کند و این پرسش را به میان می‌آورد که، اگر تسلیم زودرس مکفول زیانی برای مکفول‌له به بار نیاورد، آیا وظیفه دارد که این اقدام را به عنوان «وفای به عهد» بپذیرد یا می‌تواند آن را موکول به فرا رسیدن موعد کند؟

در پاسخ این پرسش باید بین دو فرض زیر تفاوت گذارد :

۱. موردی که تعیین مهلت تنها برای آسان کردن کار کفیل داده شده است و حضور مکفول پیش از موعد مقرر به هدف از احضار زیانی نمی‌رساند. در این فرض، کفیل می‌تواند از این امتیاز بگذرد و مکفول را زودتر حاضر کند.

۲. جایی که مهلت به حقوق دو طرف ارتباط دارد، کفیل نمی‌تواند مکفول‌له را به پذیرش تسلیم اجبار کند یا، ورود ضرر به مکفول‌له را تنها عذر امتناع از پذیرش تسلیم بداند. دو طرف پای‌بند به عهد خویشند و هریک از آنان می‌تواند حقی را که بر مبنای پیمان با دیگری به دست آورده است مطالبه کند، هرچند که اعراض از آن به وی زیانی نرساند.

در مورد مکان تسلیم نیز همین قاعده حکومت دارد. این است که مادهٔ ۷۴۴ قانون مدنی اعلام می‌کند: **«اگر کفیل مکفول را در غیر زمان و مکان مقرر یا برخلاف شرایطی که کرده‌اند تسلیم کند، قبول آن بر مکفول‌له لازم نیست، لیکن اگر قبول کرد کفیل بری می‌شود و همچنین اگر مکفول‌له برخلاف مقرر بین طرفین تقاضای تسلیم نماید کفیل ملزم به قبول نیست».**

۲۲۰. امتناع مکفول‌له از قبول تسلیم :

به موجب مادهٔ ۷۴۷ قانون مدنی اصلاحی: **«هرگاه کفیل مکفول را مطابق شرایط مقرره حاضر کند و مکفول‌له از قبول او امتناع نماید، وکیل با اشهاد یا مراجعه به حاکم**

بری می‌شود». بنابراین، در صورت امتناع بی‌مورد مکفول‌له، کفیل با توسل به یکی از دو وسیله بری می‌شود:

۱) اشهاد (شاهد گرفتن) ۲) رجوع به حاکم.

وسیلهٔ دوم، در واقع اجرای یکی از قواعد عمومی معاملات در کفالت است (مادهٔ ۲۷۳ ق.م.). زیرا، در هر مورد که صاحب حق از قبول آن امتناع کند، حاکم به ولایت از او می‌تواند حق را بستاند (الحاکم ولی الممتنع). ولی، در مورد وسیلهٔ نخست، قانونگذار مرحلهٔ ثبوت و اثبات را با هم مخلوط کرده است. اشهاد وسیلهٔ اثبات احضار است و نباید در اعتبار ماهوی آن مؤثر باشد. برای مثال، اگر مکفول‌له به حضور مکفول و امتناع خود اقرار کند یا به وسیلهٔ دیگری این واقعه احراز شود، آیا می‌توان گفت، چون شاهد گرفته نشده است، عمل احضار باعث برائت کفیل نمی‌شود؟

پس، باید مادهٔ ۷۴۷ را چنین تعبیر کرد که، چون ادعای حاضر کردن مکفول بدون دلیل از کفیل پذیرفته نمی‌شود و به طور معمول نیز دلیلی جز اشهاد برای اثبات احضار وجود ندارد، قانونگذار کفیل را راهنمایی کرده است که به وسیلهٔ اشهاد وفای به عهد را اثبات کند، وگرنه «وفای به عهد» است که مدیون را بری می‌کند نه اثبات آن. به اضافه، بدین وسیله اعلام شده است که رجوع به حاکم اجباری نیست و کفیل می‌تواند با اشهاد نیز خود را از این اقدام بی‌نیاز کند. بدین ترتیب، باید پذیرفت که نویسندگان قانون مدنی در مواد ۲۷۳ و ۷۴۷ دربارهٔ اجباری بودن رجوع به حاکم از دو نظر مخالف پیروی کرده‌اند: مادهٔ ۲۷۳ عام و مادهٔ ۷۴۷ خاص است و تنها در کفالت اجرا می‌شود.

باید افزود که اثبات امتناع مکفول‌له در صورتی باعث برائت کفیل می‌شود که قوهٔ قاهره مانع از تسلیم نباشد، وگرنه، عذر مکفول‌له موجه است و کفیل باید پس از رفع مانع خارجی به تعهد خود عمل کند.

۲۲۱. صورت تعدد کفیلان :

هرگاه چند تن کفیل شخصی شوند، آیا با تسلیم مکفول از سوی یکی از آنان تعهد سایرین نیز وفا شده است؟

در پاسخ این پرسش نظرهای گوناگون ابراز شده است[1]:

به نظر می‌رسد که مبنا را باید بر پایهٔ اجتماع یا استقلال کفیلان نهاد. زیرا، اگر همهٔ کفیلان یک احضار را بر عهده بگیرند، با حصول نتیجهٔ مشترک همه بری می‌شوند. ولی، در جایی که هر کدام تعهد مستقلی دارد و با احضار مجدد از سوی کفیل دیگر مکفول‌له می‌تواند به همه مطلوب خود برسد، چرا باید او را از این حق محروم ساخت؟

در مورد تعدد ضامنان، هرگاه یکی از آنان دین را بپردازد، دیگران در هر حال بری می‌شوند، زیرا بدین ترتیب موضوع تعهد آنان منتفی می‌گردد. در کفالت نیز، اگر در حالت نادری یک بار حضور مکفول هدف از کفالت و موضوع را از بین ببرد، همهٔ کفیلان بری خواهند شد. ولی، در فرضی که احضار مجدد مفید است، دلیلی بر سقوط تعهد سایرین وجود ندارد و مانند موردی است که یکی از وثائق دین واحد از بین رفته باشد.

۲۲۲. تعدد مکفول‌له و مکفول :

به موجب مادهٔ ۷۴۹ قانون مدنی: «**هرگاه یک نفر در مقابل چند نفر از شخصی کفالت نماید، به تسلیم او به یکی از آنها درمقابل دیگران بری نمی‌شود**». دلیل این حکم در جایی که دین مکفول قابل تجزیه باشد واضح است. زیرا، در واقع چند تعهد احضار است که ضمن یک عقد بر عهدهٔ کفیل نهاده شده است و باید هر کدام را جداگانه انجام دهد. ولی، در موردی هم که دین تجزیه‌ناپذیر است (مانند تعمیر ماشین یا کشیدن پردهٔ نقاشی برای وراث متعهدله)، چون هریک از طلبکاران حق مطالبهٔ تمام تعهد را از مکفول دارد و هدف از احضار نیز فراهم ساختن وسایل امکان مطالبه است، باز هم تعهد کفیل به شمار طلبکاران است و احضار مکفول در برابر یکی از آنان دین او را در برابر سایرین ساقط نمی‌کند.

تعدد تعهد کفیل در مورد تعدد مکفول نیز صادق است. پس، اگر شخصی کفالت چند مدیون را در برابر طلبکار مشترک بکنند، با احضار هریک از مکفولان یکی از تعهدهای خود را وفا کرده است و نباید او را به کلی بری شمرد.

۱. برای دیدن و نقد نظرها، رک. عقود معین، ج ۴، ش ۲۹۷.

۲۲۳. تسلسل یا ترامی :

مادهٔ ۷۵۰ ق.م. این حالت و احکام احضار را بدین شرح بیان کرده است: «**در صورتی که شخصی کفیل کفیل باشد و دیگری کفیل او و هکذا، هر کفیل باید مکفول خود را حاضر کند و هر کدام از آنها که مکفول اصلی را حاضر کرد او و سایرین بری می‌شوند و هر کدام که به یکی از جهات مزبوره در مادهٔ ۷۴۶ بری شد، کفیل‌های مابعد او هم بری می‌شوند**». بدین ترتیب :

۱. تعهد کفیل در هر عقد کفالت محدود به احضار مکفول خویش است، هرچند که او نیز کفیل دیگری باشد و به این اعتبار حضورش مفید به نظر آید. حضور همه باید نزد طلبکار باشد و طرف عقد در هر حال او است.

۲. همانگونه که کفالت نخست فرع بر ادعای وجود حق است، تعهد کفیل‌های بعد نیز فرع بر احضار کفیل قبلی است. پس، اگر مکفول اصلی در دادگاه احضار شود، همهٔ کفیلان بری می‌شوند و حضور هر کفیل باعث برائت کفیلان پس از او می‌شود. این ترتیب، در مورد ابراء هر مکفول از دین نیز رعایت می‌شود. بنابراین، ابراء نخستین مکفول (مدیون اصلی) باعث برائت همهٔ کفیلان است.

۲۲۴. ضمانت اجرای تعهد :

قانون مدنی از آغاز حبس کفیل را به عنوان وسیلهٔ مستقیم اجبار او بر احضار انتخاب نکرد. در مادهٔ ۷۴۰ آمده است که: «**کفیل باید مکفول را در زمان و مکانی که تعهد کرده است حاضر نماید والّا باید از عهدهٔ حقی که بر عهدهٔ او ثابت می‌شود برآید**».

پس، اگر کفیل به تعهد احضار وفا نکند، به پرداختن دین او محکوم می‌شود و این دین از اموال او استیفاء می‌گردد (مادهٔ ۳۴ قانون اجرای احکام مصوب ۱۳۵۶).

۱. در صورتی که کفیل نخواهد یا نتواند مکفول را حاضر کند باید حقی را که بر عهدهٔ

او است ایفاء کند[1]. تعهد کفیل به احضار تعهد به نتیجه است و به همین جهت ناتوانی او باعث معاف شدن از ادای دین نمی‌شود، مگر این که مانع اجرای تعهد قوهٔ قاهره باشد.

۲. به موجب مادهٔ ۷۴۱ قانون مدنی: «اگر کفیل ملتزم شده باشد که مالی در صورت عدم احضار مکفول بدهد، باید به نحوی که ملتزم شده است عمل کند». در این که آیا وجوه قوهٔ قاهره باعث بری شدن از پرداخت وجه التزام هم می‌شود یا در آن اثر ندارد، معیار قصد مشترک طرفین است: اگر از مفاد کفالت یا سایر اوضاع و احوال چنین برآید که مقصود تضمین عدم حضور مکفول در هر حال است، وجه التزام باید پرداخته شود. زیرا، هیچ دلیلی وجود ندارد که تراضی دو طرف قرارداد، دربارهٔ بی‌اثر بودن قوهٔ قاهره، باطل و خلاف نظم عمومی باشد. متعهد می‌تواند نتیجهٔ همهٔ خطرها و موانع پیش‌بینی نشده را نیز بر عهده بگیرد و در صورت «رخ ندادن حادثه‌ای» به پرداخت پولی ملتزم شود. ولی اگر چنین التزامی اثبات نشود، قوهٔ قاهره دین مربوط به «وجه التزام» را نیز از بین می‌برد. زیرا ماهیت آن چیزی جز خسارت عدم انجام تعهد به طور مقطوع نیست.

تعهد کفیل به ادای دین، بدل قانونی تعهد احضار نیست، تعهد جدیدی است که در نتیجهٔ تقصیر بر او تحمیل می‌شود و از حیث سبب و موضوع با آن تفاوت دارد. میزان این تعهد (جبران خسارت) را قانونگذار به میزان دین معین کرده است، ولی هیچ مانعی ندارد که طرفین به تراضی بر مقدار آن بیفزایند.

ولی، هرگاه تصریح بر این امر نشود، ظاهر این است که «وجه التزام» جانشین ادای دین شده است و مکفول نمی‌تواند آن دو را با هم جمع کند یا از وجه التزام بگذرد و دین را از کفیل بخواهد.

۱. در صورتی که حق ناظر به تسلیم عین معین باشد، مانند رد مال مغصوب، باید در رد عین و بدل آن (مانند غاصب) اقدام کند.

مبحث دوم: رابطهٔ کفیل و مکفول

۲۲۵. تعهد مکفول به حضور :

در صورتی که کفالت به اذن یا درخواست مکفول انجام پذیرد، این اذن و درخواست حاوی تعهد به حضور باکفیل است. به همین جهت هم، اگر مکفول از اجرای تعهد خود امتناع کند و از این راه خسارتی به کفیل وارد شود، باید آن را جبران سازد. کفیل سلطه‌ای بر شخص مکفول پیدا نمی‌کند و نمی‌تواند او را به وسایل شخصی به حضور نزد طلبکار یا دادگاه اجبار کند، ولی حق دارد آن را از دادگاه صالح بخواهد. با وجود این، چون صدور حکم در این باره به درازا می‌کشد و اجرای آن نیز دربارهٔ شخص مکفول دشوار است، از این وسیله در عمل استفاده نمی‌شود وکفیل به اخطار به مکفول قناعت می‌کند.

ولی، جایی که کفالت بدون رضای مکفول باشد، قرارداد بین کفیل و مکفول‌له هیچ تعهدی برای مکفول ایجاد نمی‌کند.

۲۲۶. پرداخت دین به کفیل :

در موردی که کفیل موفق به حاضر کردن مکفول نمی‌شود و بناچار دین او را به طلبکار می‌پردازد، مسؤولیت مکفول را در برابر او در دو فرض باید مطالعه کرد:

۱. کفالت به اذن مکفول انجام شده است: در این فرض، مکفول نسبت به تعهد کفیل بیگانه نیست و خود نیز پذیرفته است که پیمانی دربارهٔ احضار او بسته شود. کفیل برای متعهد شدن در برابر طلبکار نیازی به اذن مکفول ندارد، زیرا در عقد کفالت تعهدی برای

او ایجاد نمی‌کند. پس، اذن مکفول به معنی تعهدی است که مکفول در برابر کفیل می‌یابد و به موجب آن ملتزم به حضور می‌شود. بنابراین، هرگاه به این تعهد وفا نشود، مکفول باید زیانهای ناشی از عهدشکنی را جبران کند: کفیل می‌تواند، به همان اندازه که از جهت ادای دین خسارت دیده است، به مکفول رجوع کند و هزینه‌هایی را که از بابت اخطار و مسافرت متحمل شده است از او بگیرد. به اضافه، اذن به کفالت اذن به لوازم قانونی آن نیز هست و مانند این است که مکفول اذن به پرداخت دین را نیز، در صورت عدم حضور خود، داده باشد.

اذن مکفول در پرداخت دین به طور ضمنی مقید به صورت ناتوانی کفیل از احضار است. پس، در صورتی تحقق می‌یابد که کفیل وقت حضور را به مکفول اطلاع دهد و او از حضور امتناع ورزد. به تعبیر دیگر، زمانی مکفول باید خسارت ناشی از عدم حضور را جبران کند، که از نظر قراردادی مقصر باشد. بنابراین، اگر از هنگام حضور بی‌اطلاع بماند، یا کفیل در صورت وجود قوهٔ قاهره برای مکفول دین او را بپردازد، حق رجوع به مکفول را ندارد. کفیلی که امکان احضار مکفول را داشته است و با وجود این طلب مکفول‌له را پرداخته است، در حکم متبرع است و دلیلی برای رجوع او به مکفول وجود ندارد (مادهٔ ۷۵۱ ق.م.).[1]

از آنچه گفته شد چنین نتیجه می‌شود که، هرگاه کفالت به اذن انجام شود و کفیل ناچار به پرداخت دین گردد، حق رجوع به مکفول را دارد، هرچند که تأدیه بدون اذن انجام گرفته و کفیل نیز توانایی تحصیل آن را داشته باشد.[2]

۲. کفالت بدون اذن مکفول واقع شده است: در این فرض، هیچ تعهدی برای مکفول در حضور پیدا نمی‌شود و اگر خسارتی هم به کفیل برسد به او نمی‌توان منسوب کرد. به‌اضافه، پرداختن دین مکفول از سوی کفیل، حتی به عنوان لازمهٔ اذن به کفالت، به رضا و خواهش مکفول ارتباط ندارد. به همین جهت رجوع کفیل به مدیون، به این استناد که

۱. شهید ثانی، مسالک‌الافهام، ج ۱، ص ۲۶۳ ـ سید محمد جواد عاملی، مفتاح‌الکرامة، ج ۵، ص ۴۴۷ ـ علامه حلی، تذکره، ج ۲، ص ۱۰۱.
۲. علامهٔ حلی، تذکره، ج ۲، ص ۱۰۱.

دین او را پرداخته است، امکان ندارد.

با وجود این، هرگاه مکفول اذن به پرداخت دین دهد، این اذن مجوز رجوع به او قرار می‌گیرد. زیرا، برخلاف ضمان، در اثر کفالت دین مکفول از بین نمی‌رود و تعهد احضار کفیل نیز به عنوان وثیقه بر آن افزوده می‌شود. پس، اگر مکفول به کفیل اذن در پرداخت دهد، مانند این است که از بیگانه‌ای چنین خواسته است و باید غرامتی که از این راه به کفیل می‌رسد جبران کند. ولی، در ضمان، اذن مضمون‌عنه بسان اذن بیگانه‌ای است که به مدیون می‌دهد و اصولاً اثری ندارد.

مادهٔ ۷۵۱ قانون مدنی، در بیان تعهد مکفول در دو فرض یاد شده، مقرر داشته است که: «**هرگاه کفالت به اذن مکفول بوده و کفیل با عدم تمکن از احضار حقی را که به عهدهٔ او است اداء نماید و یا به اذن او اداء حق کند، می‌تواند به مکفول رجوع کرده آنچه را که داده اخذ کند و اگر هیچیک به اذن مکفول نباشد حق رجوع نخواهد داشت**».

۲۳۷. پرداخت وجه التزام :

کفیل ممکن است ضمن عقد کفالت وجه التزام معینی را بر عهده بگیرد تا در صورت حاضر نکردن مکفول بپردازد. مقدار این وجه التزام نیز ممکن است کمتر یا بیشتر از دین باشد. اکنون باید دید آیا با پرداختن این وجه التزام کفیل حق رجوع به مکفول را پیدا می‌کند؟

طرح سؤال از آنجا مورد پیدا می‌کند که تعیین مقدار وجه التزام با کفیل و طلبکار است که به تراضی معین می‌شود. پس، اگر کفیل نتواند مکفول را حاضر کند و ناچار به دادن چنین مبلغی شود، آیا می‌توان ادعا کرد که مکفول سبب ورود چنین خسارتی شده است؟ به بیان دیگر، آیا رابطهٔ سببیت بین حاضر نشدن مکفول و ورود چنین ضرری به کفیل وجود دارد یا تراضی طرفین سبب نزدیک و قوی‌تر آن به شمار می‌آید و رابطهٔ علیت میان عدم حضور و خسارت ناشی از «وجه التزام» را قطع می‌کند؟

از سوی دیگر، گفته شد که اذن به کفالت، به عنوان ملزوم پرداخت دین، اذن ضمنی به ادای

دین نیز هست. ولی، آیا این رابطه در مورد پرداخت وجه التزام نیز وجود دارد؟ آیا پرداختن وجه التزام لازمهٔ کفالت است؟

از اینها گذشته، پرداخت دین ذمهٔ مکفول را در برابر کفیل بری می‌کند و در واقع دین او است که پرداخته می‌شود، پس منطقی است که مکفول نیز، بر مبنای استفاده‌ای که از اقدام مشروع و مأذون کفیل می‌برد، خسارت او را جبران کند. ولی، آیا پرداخت وجه التزام چیزی از دین مکفول می‌کاهد یا در آن اثر ندارد؟

بنابراین، نباید چنین پنداشت که تفاوتی میان پرداخت وجه التزام و ادای دین وجود ندارد؛ هر دو به عنوان خسارت عدم انجام تعهد از مکفول مطالبه می‌شود و تابع یک حکم است. برعکس، باید به پرسش‌های طرح شده پاسخ گفت و بر مبنای آن راه حل مسأله را به دست آورد:

باید دانست که وجه التزام مبلغی است که به عنوان خسارت ناشی از عهدشکنی بین کفیل و طلبکار به طور مقطوع معین می‌شود و ارتباطی به دین مکفول ندارد. به بیان دیگر، وجه التزام تضمین تعهد احضار است و بدل آن قرار می‌گیرد و به تعهد مکفول مربوط نمی‌شود. بنابراین، پرداخت این مبلغ از دین مکفول نمی‌کاهد.

پس از این مقدمه، به نظر می‌رسد که، امکان توافق دربارهٔ وجود و مبلغ وجه التزام، رابطهٔ عرفی میان حاضر نشدن مکفول و تحمیل این خسارت را قطع می‌کند و خود به عنوان عامل مستقیم و قوی‌تر در ورود خسارت جلوه‌گر می‌شود. کفیل خود باعث ورود چنین ضرری شده است و باید آن را تحمل کند (قاعدهٔ اقدام) و نمی‌تواند از مکفول که تنها جزئی از سبب را فراهم آورده و زمینه‌ساز بوده است جبران آن را بخواهد.

پس، کفیل تنها در صورتی می‌تواند برای گرفتن وجه التزام پرداخته شده به مکفول رجوع کند که، یا اذن به کفالت با وجه التزام داده باشد، یا پس از عقد یا هنگام پرداخت وجه التزام به گونه‌ای جبران خسارت کفیل را تعهد کرده باشد.

تعهد به وجه‌الکفالة نیز تابع همین قواعد است و مانند پرداخت دین از لوازم کفالت به شمار نمی‌آید، مگر این که به اجبار از طرف مقام قضایی معین و وصول شود.

فصل سوم

پایان کفالت

۲۲۸. سقوط تعهد کفیل و انحلال عقد :

کفالت ممکن است در اثر سقوط تعهد کفیل یا انحلال عقد (در نتیجهٔ فسخ و اقاله یا تمام شدن مدت آن) پایان پذیرد. در تمام این موارد، تعهد کفیل ساقط می‌شود و در نتیجه عقد نیز از بین می‌رود. منتها، این سقوط گاه در اثر اجرای مفاد عقد یا نتیجهٔ یکی از اسباب سقوط تعهد (مانند ابراء) است و گاه دلیل آن انحلال و زوال عقد است. پس، منطقی است که دلایل سقوط تعهد کفیل و انحلال عقد جداگانه مورد مطالعه قرار گیرد.

بر همین مبنا، فصل سوم (پایان کفالت) را ضمن دو مبحث مطالعه می‌کنیم :

۱) سقوط تعهد کفیل ؛

۲) انحلال و زوال کفالت.

مبحث اول: سقوط تعهد کفیل

۲۲۹. اجرای تعهد ؛ احضار مکفول :

طبیعی‌ترین وسیلهٔ برائت هر مدیون «وفای به عهد» است (مواد ۲۶۴ به بعد ق.م.). کفیل نیز، اگر مکفول را در زمان و مکان مقرر حاضر کند (تسلیم تام)، از التزامی که به عهده گرفته است بری می‌شود (بند ۱ مادهٔ ۷۴۶ ق.م.). همچنین است، هرگاه تسلیم در زمان یا مکان دیگر باشد و مکفول‌له بدان راضی شود و بپذیرد (مادهٔ ۷۴۴ همان قانون).

احضار مکفول به وسیلهٔ شخص ثالث نیز همین اثر را دارد. زیرا، هدف از کفالت احضار مدیون است و شخصیت کفیل، اگر از لحاظ داشتن نفوذ معنوی بر مکفول مؤثر باشد، در چگونگی حضور بی‌تأثیر است. بنابراین، بر طبق قواعد عمومی (مادهٔ ۲۶۷ ق.م.)، ایفاء تعهد کفیل از جانب دیگران نیز درست است و مکفول‌له حق ندارد آن را نپذیرد.

۲۳۰. حضور مکفول :

هرگاه مکفول خود در محل و زمان مطلوب حاضر شود، کفیل بری می‌شود (بند ۲ مادهٔ ۷۴۶). زیرا، هدف نهایی این است که طلبکار به مکفول دسترسی پیدا کند و دخالت کفیل یا شخص ثالث راه وصول به این هدف است. حضور مکفول مانند اقدام مضمون‌عنه به پرداخت دین است (مادهٔ ۷۱۷ ق.م.).

باید افزود که منظور از «موقع مقرر» در بند ۲ مادهٔ ۷۴۶ زمان و مکان مقرر است و نباید آن را به زمان حضور اختصاص داد.

۲۳۱. بری شدن ذمهٔ مکفول :

کفالت عقد تبعی است و مانند ضمان و رهن با از بین رفتن دین منتفی می‌شود. بری شدن ذمهٔ مکفول ممکن است به دلائل گوناگون باشد که از جملهٔ آنها است:

۱. دین خود را به مکفول‌له بپردازد یا دین به وسیلهٔ کفیل یا شخص ثالث پرداخته شود؛

۲. مکفول‌له او را ابراء کند؛

۳. عقدی که منشأ ایجاد حق مکفول‌له بر او بوده است، به وسیلهٔ فسخ یا اقاله، منحل شود؛

۴. دین مکفول با طلبی که از مکفول‌له پیدا می‌کند تهاتر شود؛

۵. دین مکفول به دین دیگری تبدیل شود، خواه در نتیجهٔ تبدیل موضوع یا عنوان آن باشد یا طلبکار و بدهکار دین تغییر پیدا کند؛

۶. کسی با رضای مکفول‌له ضامن دین مکفول شود؛

۷. مکفول مالک مافی الذمهٔ خود به مکفول‌له شود؛

۸. موضوع تعهد مکفول از بین برود، مانند این که مکفول‌له حق عبور از ملکی را مطالبه کند و ملک را دولت تصاحب کند یا سیل ببرد به گونه‌ای که قابل عبور نباشد.

۲۳۲. انتقال حق مکفول‌له به دیگری :

به موجب بند ۳ از مادهٔ ۲۹۲ قانون مدنی، وقتی که متعهدله حق خود را به دیگری منتقل کند، در اصطلاح نویسندگان مادهٔ ۲۹۲، تبدیل تعهد رخ می‌دهد. مادهٔ ۲۹۳ هم اعلام می‌کند: «در تبدیل تعهد، تضمینات تعهد سابق به تعهد لاحق تعلق نخواهد گرفت...». کفالت نیز در شمار تضمین‌های دین است و در اثر انتقال آن به دیگری از بین می‌رود. بند ۵ مادهٔ ۷۴۶، در زمرهٔ موارد برائت کفیل، اعلام می‌کند: «**در صورتی که حق مکفول‌له به نحوی از انحاء به دیگری منتقل شود**». بنابراین، اگر مکفول‌له طلب خود را به سود دیگری حواله دهد تا مکفول به او بپردازد، کفیل بری می‌شود، یا اگر مکفول‌له ملکی را که مبنای حق ارتفاق برای او است بفروشد، تعهد کفیل مدعی‌علیه ساقط می‌شود.

انتقال حق مکفول‌له در صورتی باعث برائت کفیل می‌شود که از دارایی او به دارایی دیگری منتقل شود. ولی، در مورد ارث، که مجموع دارایی مورث به بازماندگان او می‌رسد کفالت باقی می‌ماند و کفیل باید در برابر متصدیان تازهٔ این دارایی به عهد خود وفا کند. چنانکه مادهٔ ۷۴۸ قانون مدنی اعلام می‌دارد که «فوت مکفول‌له موجب برائت کفیل نمی‌شود».

۲۳۳. فوت مکفول :

با فوت مکفول موضوع تعهد کفیل از بین می‌رود. این تعهد ناظر به احضار شخص مکفول است و ارتباط به دین او ندارد تا به وراث منتقل شود. پس، با مرگ مکفول موضوعی برای احضار باقی نمی‌ماند. با وجود این، هرگاه کفیل نتواند در زمان و مکان مقرر مکفول را حاضر کند و در نتیجه دین مکفول بر عهدهٔ او قرار گیرد، فوت مکفول این تعهد را از بین نمی‌برد؛ زیرا موضوع آن با مرگ او منتفی نمی‌شود. همچنین، اگر در مورد خاصی هدف از کفالت مشاهدهٔ صورت یا بدن مکفول باشد، فوت مکفول موضوع تعهد را منتفی نمی‌سازد و باعث برائت کفیل نمی‌گردد.

باید دید آیا جنون مکفول را نیز به همین قیاس می‌توان از اسباب برائت کفیل شمرد؟ قانون مدنی، در مقام بیان، از جنون نامی نبرده است و برعکس بعضی از فقهاء این احتمال را داده‌اند[1]. تفاوت موت و جنون در این است که، در فرض نخست، امکان احضار مکفول به منظور شرکت در دادرسی و استیفاء دین به کلی از بین می‌رود. ولی، در جنون، این امکان ضعیف می‌شود و احتمال دارد با بهبودی بیمار دوباره احضار او مفید واقع شود. برعکس، شباهت دو مورد در این است که، اگر مقصود محاکمه یا بازپرسی از مکفول باشد، هیچ تفاوتی میان دیوانه و مرده وجود ندارد.

بنابراین، باید بین موردی که امید درمان بیمار می‌رود و حالتی که بیمار درمان‌پذیر نیست تفاوت گذارد:

۱. شیخ محمد حسن نجفی، جواهرالکلام، ج ۲۶، ص ۲۰۴.

۱. در مورد نخست، بیماری جنون در حکم غیبت است، مانعی است رفع شدنی که برای از بین رفتن آن باید به کفیل مهلت داد، مگر این که کفالت موقت باشد یا عدم حضور در زمان معین فایدهٔ کفالت و احضار را از بین ببرد، که در این صورت کفیل بری می‌شود.

۲. در مورد بیماری درمان‌ناپذیر، هرگاه هدف از احضار اقدامی باشد که دیوانه در آن راه ندارد، مانند شرکت در دادرسی و انجام معامله، کفیل بری می‌شود. زیرا، اگر دلیل برائت کفیل در مورد فوت مکفول انتفاء موضوع آن باشد، این دلیل در جنون نیز وجود دارد و حضور مکفول را بیهوده و لغو می‌سازد.

۲۳۴. فوت کفیل :

در مورد اثر فوت کفیل قانون مدنی حکمی ندارد و نویسندگان مادهٔ ۷۴۶ آن را در زمرهٔ اسباب برائت کفیل نیاورده‌اند. پس، می‌توان ادعا کرد که فوت کفیل تعهد او را از بین نمی‌برد و وارثان باید ایفاء آن را عهده‌دار شوند. ولی، این ادعا را نباید پذیرفت، زیرا تعهد به احضار به شخصیت کفیل ارتباط دارد و نفوذ معنوی و رابطهٔ او با مکفول است که چنین اقدامی را میسر می‌کند.

ایراد نشود که طلب مکفول‌له را از ترکهٔ کفیل نیز می‌توان برداشت، زیرا تعهد به احضار و حقی که مکفول‌له در این زمینه دارد ناظر به شخص مکفول است نه اموال او. تعهد به اداء دین مکفول در اثر تقصیر کفیل در اجرای تعهد اصلی (احضار مکفول) ایجاد می‌شود و به دارایی او تعلق می‌گیرد. به همین جهت نیز، هرگاه کفیل نتواند یا نخواهد مکفول را حاضر کند سپس بمیرد، دین از ترکهٔ او برداشته می‌شود. ولی، تا زمانی که تعهد به اداء دین محقق نشده است، اثر مستقیم عقد تنها تعهد به احضار است که به شخص کفیل تعلق می‌گیرد.

مبحث دوم: انحلال و زوال کفالت

۲۳۵. پایان کفالت موقت:

در صورتی که کفالت برای مدت معین باشد، با انقضای این مدت، کفالت نیز پایان می‌یابد و پس از آن دیگر نمی‌توان احضار مکفول را از کفیل خواست. این فرض ناظر به موردی است که تعیین زمان احضار با مکفول‌له باشد و او تا پایان مدت مکفول را مطالبه نکند. برای مثال، اگر شخصی برای مدت شش ماه کفالت متهمی را در دادگاه بکند تا هر زمان که مکفول احضار شود کفیل به تعهد خود عمل کند و تا پایان شش ماه متهم احضار نگردد، کفالت پایان می‌یابد و تعهد کفیل از بین می‌رود.

۲۳۶. فسخ کفالت؛ شرط خیار:

ممکن است در عقد کفالت برای کفیل یا شخص ثالث شرط خیار کرد تا بتواند ظرف مدت معینی عقد را فسخ کند (مواد ۳۳۹ و ۴۵۶ ق.م.). مکفول‌له نیز برای فسخ نیازی به شرط خیار ندارد؛ عقد نسبت به او جایز است و هر زمان بخواهد می‌تواند عقد را بر هم زند و از تعهد کفیل بگذرد، مگر این که شرطی به سود کفیل در عقد شده باشد و الزام ناشی از آن او را نیز پای‌بند کند.

همچنین، مانعی ندارد که در عقد کفالت شرط فعل و نتیجه‌ای به سود یکی از آنان یا هر دو برقرار شود و به علت تخلف از این تعهد تبعی، مشروط‌له عقد را فسخ کند.

۲۳۷. اعسار کفیل بی‌اثر است :

اعسار کفیل، هرچند در زمان عقد موجود باشد و از مکفول‌له پوشیده بماند، در اعتبار عقد خللی ایجاد نمی‌کند. زیرا، گذشته از این که مکفول‌له نیازی به خیار فسخ ندارد، موضوع تعهد کفیل احضار مکفول است نه پرداخت دین او و به شخص کفیل تحمیل می‌شود نه بر دارایی او. با وجود این، چون تنها ضمانت اجرای مؤثر تعهد کفیل اجبار او به ادای دین یا وجه التزام است، در مادهٔ ۱۳۵ قانون آئین دادرسی کیفری آمده است که، کفیل متهم باید توانایی پرداخت وجه‌الکفاله را داشته باشد و کفالت کسی که توانایی مالی ندارد نباید پذیرفته شود. عقد کفالت نافذ است، ولی مقام قضایی که چنین کفیلی را پذیرفته است قابل مؤاخذه به نظر می‌رسد.

۲۳۸. اقالهٔ کفالت :

کفیل و مکفول‌له می‌توانند به تراضی عقد کفالت را اقاله کنند. با این که مکفول‌له دراین راه نیازی به تراضی با کفیل ندارد و خود می‌تواند عقد را فسخ کند، در نفوذ این تراضی تردید روا نیست. در کفالت، دین انتقال نمی‌یابد و تعهد به احضار مکفول از التزام او نمی‌کاهد. پس، در انحلال عقد شائبهٔ ورود زیان به او نمی‌رود و، برخلاف ضمان که باعث می‌شود تا مضمون‌عنه دوباره مدیون گردد، جز انحلال تعهد کفیل اثری ندارد.

عقد رهن

عقد رهن

۲۳۹. وثیقهٔ عینی:

طلبکار بایستی برای اطمینان یافتن از وصول حق، در اندیشهٔ «وثیقه» یا «تضمین» خاصی باشد و از تکیه بر وثیقهٔ موهوم دارایی مدیون سودی نمی‌برد. این وثیقه‌ها را به دو گروه شخصی و عینی می‌توان تقسیم کرد:

۱. در وثیقهٔ شخصی، ذمهٔ بیگانه‌ای به ذمهٔ بدهکار اصلی ضمیمه می‌شود و بدین وسیله آن را تضمین می‌کند. طلبکار می‌تواند، در کنار بدهکار اصلی یا هنگامی که از وصول طلب نومید می‌شود، به ضامن رجوع کند و هر دو دارایی را پشتوانهٔ طلب خود داشته باشد: مانند ضمانت با شرط تضامن و کفالت، که به طور ناقص وسیلهٔ استیفای طلب را فراهم می‌آورد.

ولی، وثیقهٔ شخصی نیز قابل اعتماد نیست و وصول حق را به طور کامل تضمین نمی‌کند، زیرا احتمال دارد که ضامن نیز معسر شود و طلبکار با دو دارایی موهوم یا ناکافی روبرو شود. به ویژه، در حقوق ما که اثر طبیعی ضمان انتقال دین به ذمهٔ ضامن است، این خطر بیشتر احساس می‌شود: در نفوذ شرط تضامن و امکان رجوع به مضمون‌عنه بسیاری از حقوقدانان تردید دارند و مهم‌تر این که همه نمی‌دانند که اثر عقد ضمان برائت مدیون اصلی است و با ضامن گرفتن از مدیون دیگری را به جای او می‌نشانند بدون این که پشتوانهٔ جدیدی بیابند. کفالت نیز، چنان که گفته شد، در مرحلهٔ نخست وسیلهٔ احضار است. پس، اگر کفیل مدیون معسر را به دادگاه بیاورد، تعهد دیگری ندارد و نمی‌توان به او رجوع کرد.

۲. برعکس، در وثیقهٔ عینی، طلبکار بر مال معینی از اموال بدهکار حق عینی می‌یابد: بدین

معنی که، به هنگام وصول طلب، بر دیگر طلبکاران حق تقدم دارد و از حاصل فروش مال نخست او استفاده می‌کند. وانگهی، چون مدیون حق ندارد در وثیقه تصرفی کند که به زیان طلبکار باشد، محل وصول طلب همیشه محفوظ می‌ماند و طلبکار می‌تواند آن را در دست هرکس بیابد توقیف سازد.

حق تعقیب و تقدم نسبت به مال وثیقه نشانه‌های وجود حق عینی برای طلبکار است. منتها، این حق عینی را، مانند حق انتفاع و ارتفاق، نباید از شاخه‌های حق مالکیت شمرد و پنداشت که طلبکار نیز از آن حق انتفاع دارد: این حق، استقلال ندارد و تابع وجود دین است؛ برای تضمین به وجود می‌آید و با پرداخت آن از بین می‌رود. حق انتفاع نیز به طلبکار نمی‌دهد، مالکیت کامل از آن بدهکار است و طلبکار فقط می‌تواند آن را به هنگام ضرورت وسیلهٔ وصول حق قرار دهد. برای نشان دادن همین ویژگیها است که آن را «حق عینی تبعی» در برابر مالکیت و شاخه‌های آن، که حق عینی اصلی است، نامیده‌اند.

۲۴۰. مفهوم رهن :

عقدی را که به موجب آن مال مدیون وثیقهٔ طلب قرار می‌گیرد، رهن می‌نامند. چنان که مادهٔ ۷۷۱ قانون مدنی در تعریف آن می‌گوید: **«رهن عقدی است که به موجب آن مدیون مالی را برای وثیقه به دائن می‌دهد. رهن دهنده را راهن و طرف دیگر را مرتهن می‌گویند»**. به مال مورد وثیقه نیز «رهن» گفته می‌شود. برای مثال، در مادهٔ ۷۸۴ که آمده است: **«تبدیل رهن به مال دیگر به تراضی طرفین جایز است»** و مقصود تبدیل وثیقه یا عین مرهونه است که با واژهٔ «رهن» بیان می‌شود[1].

بدین ترتیب، عقد رهن سبب می‌شود که طلبکار وثیقهٔ عینی بیابد و بر آن «حق عینی تبعی» پیدا کند؛ بدهکار نتواند در آن تصرفی کند که به زیان مرتهن باشد (مادهٔ ۷۹۳ ق.م.) و طلبکار، نسبت به استیفای حق خود از قیمت رهن، بر دیگر طلبکاران رجحان یابد.

۱. رهن، در لغت به معنی ثبات و دوام آمده است (مجمع‌البحرین، ج ۶، ۲۵۶) و گاه به معنی حبس به کار می‌رود، چنانکه در آیهٔ «کل نفس بما کسبت رهینة» (سورهٔ المدثر، آیهٔ ۳۸) و در حدیث «وانفسکم مرهونة باعمالکم» به همین معنی به کار رفته است.

۲۴۱. اوصاف عقد رهن :

از آنچه گفته شد، و از استقراء در احکام قانون مدنی، می‌توان اوصاف عقد رهن را بدین‌گونه خلاصه کرد و در شناسایی ماهیت آن مورد استفاده قرار داد:

۱. **عقد تبعی است**: بدین معنی که پیش از آن باید دینی وجود داشته باشد تا برای تضمین آن مالی به وثیقه داده شود (مواد ۷۷۱ و ۷۷۵ ق.م.). وثیقه دادن برای دین آینده در حقوق ما امکان ندارد و وجود سبب دین، مانند آنچه در ضمان گفته شد، شرط صحت رهن است. از سوی دیگر، با پرداخت دین یا سقوط آن به دلایل دیگر، حق مرتهن نیز از بین می‌رود، زیرا مبنای خود را از دست می‌دهد.

۲. **عقد عینی است**: به موجب مادهٔ ۷۷۲ قانون مدنی: «مال مرهون باید به قبض مرتهن یا به تصرف کسی که بین طرفین معین می‌گردد داده شود، ولی استمرار قبض شرط صحت معامله نیست». از لحن و ترکیب این ماده بر می‌آید که عقد رهن پیش از تسلیم وثیقه به طلبکار واقع نمی‌شود.

۳. **از سوی راهن لازم و از جانب مرتهن جایز است**: در مادهٔ ۷۸۷ آمده است که: **«عقد رهن نسبت به مرتهن جایز و نسبت به راهن لازم است و بنابراین مرتهن می‌تواند هر وقت بخواهد آن را بر هم زند ولی راهن نمی‌تواند قبل از اینکه دین خود را اداء نماید و یا به نحوی از انحاء قانونی از آن بری شود رهن را مسترد دارد».**

جایز بودن عقد رهن از سوی مرتهن، با تصویب مادهٔ ۳۴ اصلاحی قانون ثبت (۱۳۲۰) به شدت مورد تردید قرار گرفت، زیرا لحن ماده چنان بود که هیچ راهی، جز استیفای حق از عین مرهون، برای طلبکار باقی نمی‌گذارد. ولی تبصرهٔ ۶ مادهٔ ۳۴ قانون ثبت اصلاح شده در اسفند ۱۳۵۱ این تردید را از میان برد. در این تبصره آمده است که: **«در مورد معاملات رهنی، بستانکار می‌تواند از رهن اعراض نماید. در صورت اعراض، مورد رهن آزاد و عملیات اجرائی بر اساس اسناد ذمه خواهد بود».**[1]

۱. در فقه امامیه، در این باره اتفاق‌نظر وجود دارد: شیخ محمد حسن نجفی، جواهرالکلام، ج ۲۵، ص ۲۲۱.

۲۴۲. تجزیه‌ناپذیری رهن :

رهن تجزیه‌ناپذیر است: این قاعده دو چهرهٔ گوناگون دارد که باید جداگانه بررسی شود:

۱. در موردی که مالی وثیقهٔ طلبی قرار می‌گیرد، تا تمام طلب پرداخته نشود وثیقه نیز آزاد نخواهد شد و مدیونی که بخشی از دین را پرداخته است نمی‌تواند ادعا کند که به همان نسبت نیز وثیقه آزاد می‌شود. این است که می‌گویند، تمام مال در برابر هر جزئی از دین وثیقه است.

این قاعده در موردی هم که دین تجزیه می‌شود قابل اجراست و تجزیهٔ دین باعث تجزیهٔ حق رهن نمی‌گردد. بنابراین، اگر پدر خانواده‌ای بمیرد و دارایی او به سه پسرش برسد، یکی از پسران که بیش از یک سوم بدهی را بر ذمه ندارد، هرگاه بدهی خود را بدهد، یک سوم وثیقه را که به او رسیده است آزاد نمی‌کند. همچنین، اگر فرض شود که در تقسیم ترکه مال مورد وثیقه به او برسد و او سهمی را که از دیون پدر بر ذمه دارد (یک سوم) بپردازد، هیچ بخشی از وثیقه را آزاد نمی‌کند. زیرا، حق مرتهن تجزیه‌ناپذیر است و از تقسیم دین پیروی نمی‌کند. در فرض فوت طلبکار نیز، با این که هر وارث تنها بخشی از طلب را دارد، می‌تواند در صورتی که سایرین به حق خود رسیده باشند، از تمام وثیقه برای وصول طلب خود استفاده کند.

مثال دیگر: هرگاه مرتهن دربارهٔ بخشی از دین راهن را ابراء کند، این اقدام وثیقه را آزاد نمی‌کند. تمام آن در رهن باقی می‌ماند تا طلب پرداخته شود و نمی‌توان ادعا کرد که به نسبت بخش ابراء شده از رهن کاسته می‌شود.

۲. طلب مرتهن نیز در رابطهٔ با وثیقه تجزیه‌ناپذیر است: یعنی، هر بخش از مال مرهون وثیقهٔ تمام طلب است. بنابراین، هرگاه چند مال وثیقهٔ یک طلب باشد، ظاهر از مفاد تراضی این است که مرتهن می‌تواند، در صورتی که قیمت مال کافی باشد، تمام طلب خود را از هر کدام که بخواهد وصول کند و تلف بعضی از آن اموال بخشی از دین را بدون وثیقه نمی‌گذارد.

فصل اول

انعقاد رهن

۲۴۳. مباحث فصل:

انعقاد رهن را در سه مبحث جداگانه مورد بررسی قرار می‌دهیم:

مبحث نخست، به قواعد عمومی مربوط به انعقاد رهن، مانند ایجاب و قبول و اثر قبض، اختصاص دارد.

در مبحث دوم، از اعمال این قواعد در پاره‌ای از اقسام رهن، مانند رهن مال مشاع و رهن مکرر، گفتگو می‌شود.

در مبحث سوم، به شرایط ضمن عقد رهن می‌پردازیم و به شرط وکالت در فروش یا سلب حق فروش از مرتهن می‌پردازیم.

مبحث اول: قواعد عمومی

۲۴۴. لزوم ایجاب و قبول :

عقد رهن نیز، مانند سایر قراردادها، بر مبنای تراضی دو طرف آن واقع می‌شود. این تراضی به صورت ایجاب و قبول اعلام و بیان می‌گردد. مرسوم است که ایجاب از سوی بدهکار (راهن) باشد و قبول از جانب طلبکار، ولی هیچ مانعی ندارد که پیشنهاد را طلبکار بدهد و بدهکار آن را بپذیرد.

ایجاب رهن ممکن است به وسیلهٔ قبض و از راه معاطات انجام شود (مادهٔ ۱۹۳ ق.م.) و همچنین ممکن است به صورت شرط ضمن عقد دیگری، مانند بیع یا اجاره و نکاح، درآید یا دادن رهن و پذیرش آن به عنوان شرط فعل بر بدهکار و طلبکار واجب شود.

۲۴۵. لزوم قبض مال مرهون :

در فقه امامیه، نسبت به اثر قبض در وقوع عقد رهن یا لزوم آن، سه نظر گوناگون داده شده است[۱]:

۱. عقد رهن با ایجاب و قبول واقع می‌شود و اجرای مفاد آن نیز بر راهن لازم است: یعنی قبض مال مرهون هیچ نقشی در نفوذ عقد ندارد.

۲. قبض مال مرهون شرط صحت عقد رهن است و بدون آن عقد واقع نمی‌شود و

۱. گذشته از این نظرهای اصلی، احتمال‌های متعددی نیز در کتب فقهاء دیده می‌شود که برای دیدن تفصیل آنها، رجوع به: جواهرالکلام، ج ۲۵، ص ۹۹ به بعد و حدائق، ج ۲۰، ص ۲۲۴ توصیه می‌شود.

ایجاب و قبول اثر ندارد.

۳. با ایجاب و قبول عقد واقع می‌شود، ولی راهن به قبض الزام نمی‌شود و پای‌بند به مفاد آن نیست[۱].

قانون مدنی ایران، در مادهٔ ۷۷۲ مقرر می‌دارد: «**مال مرهون باید به قبض مرتهن یا به تصرف کسی که بین طرفین معین می‌گردد داده شود، ولی استمرار قبض شرط صحت معامله نیست.**» مفاد بخش نخست ماده با نظر فقیهانی تناسب دارد که، تسلیم مورد رهن را یکی از آثار رهن و در زمرهٔ التزام‌های راهن می‌دانند و اعتقاد دارند که رهن با ایجاب و قبول واقع می‌شود و قبض در لزوم آن نیز نقشی ندارد، ولی اعلامِ بخش دوم ماده به این که «**استمرار قبض شرط صحت معامله نیست**» نشان می‌دهد که مقصود ماده لزوم قبض مورد رهن برای کامل ساختن عقد است[۲].

این نتیجه، از جهات گوناگون قابل انتقاد به نظر می‌رسد و ای کاش نویسندگان قانون مدنی نیز به آن توجه می‌کردند و قبض مورد رهن را بدین اطلاق از شرایط وقوع معامله قرار نمی‌دادند. زیرا، بدین وسیله از بسیار اشکال‌ها پرهیز می‌کردند، بدون این که مصلحتی را از دست بدهند یا قاعده‌ای را زیر پا نهند: برخلاف آنچه ادعا شده است، مفهوم «وثیقه گذاشتن» با سپردن و تسلیم کردن ملازمه ندارد: چنان که در مورد رهن املاک، که بر طبق مواد ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت باید به وسیلهٔ سند رسمی انجام شود، با تنظیم سند و توقیف ملک، وثیقه از نقل و انتقال مصون می‌ماند و طلبکار می‌تواند اطمینان یابد که در صورت لزوم می‌تواند آن را از راه اجرای ثبت به فروش رساند. پس، چه لزومی دارد که مالک بیهوده از انتفاع و تصرف در مال خود محروم بماند، یا آن را به مرتهن بدهد و بازپس بگیرد؟ این بیهودگی را عرف نیز به خوبی دریافته است. به همین جهت نیز مرسوم شده است که مرتهن به قبض اقرار کند و اعلام دارد که ملک را به رضای خود به راهن باز می‌گرداند.

۱. بعضی از فقها، اختلاف را در شرط بودن قبض ناظر به اثر آن در لزوم می‌دانند: علامهٔ حلی، قواعد، کتاب رهن ـ برای دیدن سایر نظرها، رجوع شود به: جواهرالکلام، همان جلد و صفحه ـ مفتاح‌الکرامة، ج ۵، ص ۱۳۸ به بعد.

۲. مفاد ماده و ریشهٔ تاریخی آن، امکان حکومت بخش نخست را نیز به ذهن می‌آورد و رویهٔ قضایی می‌تواند از آن استفاده کند و خود را از حکم مزاحم «قبض شرط وقوع رهن است» آزاد سازد.

هدف از قبض مورد رهن، فراهم آوردن مقدمهٔ انتفاع طلبکار نیست، زیرا منافع عین به راهن تعلق دارد. هدف این است که مرتهن از حبس مورد رهن و امکان دسترسی به آن مطمئن شود. این اطمینان را با توقیف ملک نیز می‌توان ایجاد کرد و در مورد اموال منقول، کافی است که راهن ملزم به تسلیم آن گردد. پس، چه ضرورتی دارد که قبض از عناصر رهن و شرط وقوع عقد به حساب آید و باعث دشواری‌های حقوقی و عملی و اقتصادی فراوان شود؟

از سوی دیگر، جمع بین مالکیت منافع راهن و تسلیم مال به مرتهن دشوار و گاه غیرممکن است. چگونه می‌توان تصور کرد که منافع اتومبیل یا خانه‌ای از آنِ راهن باشد ولی عین مال در تصرف و اختیار مرتهن قرار گیرد؟ آیا باید زمانی که راهن به اتومبیل نیاز دارد آن را سوار شود سپس در محل مورد اعتماد مرتهن بایستد تا در قبض او باشد؟ آیا راهن خانه‌ای را که در آن سکونت دارد باید تخلیه کند و به مرتهن تحویل دهد؟ اگر چنین کند چگونه از آن انتفاع برد و اگر نکند چگونه آن را به قبض دهد؟ آیا راه حل این است که خانه را به اجاره واگذارد؟

این اشکال‌ها را معتقدان به شرطیت قبض نیز دریافته‌اند. به همین جهت نیز ادامهٔ قبض از سوی مرتهن را ضروری نمی‌دانند. بدین ترتیب، کافی است عین مرهون لحظه‌ای به مرتهن تسلیم شود و دوباره در اختیار راهن قرار گیرد و همین گونه قبض‌ها است که تنها به اقرار صوری مرتهن انجام می‌پذیرد و هیچ فایدهٔ عملی ندارد و اطمینانی برای طلبکار به بار نمی‌آورد. پس، چرا حقوق باید چنین راه‌حلی را بپذیرد و بر اشخاص تحمیل کند؟

تعدیل حکم قانون (مادهٔ ۷۷۲) با رویهٔ قضایی است که دربارهٔ مفهوم قبض سختگیری نکند و استیلای عرفی بر مورد رهن را برای تحقق آن کافی بداند.[۱]

لزوم قبض مادی اشکال‌ها را دو چندان می‌کند، در حالی که تعبیر قبض به استیلای معنوی و عرفی از این بار می‌کاهد. برای مثال، قبض مادی خانهٔ مورد رهن سکونت راهن را در آن ناممکن می‌سازد، مگر اینکه دو طرف اقرار صوری مرتهن به قبض را

۱. قانونگذار نیز می‌تواند، در موارد خاص حکم عام مادهٔ ۷۷۲ را تخصیص دهد؛ چنان که مادهٔ ۴۲ قانون دریایی مقرر می‌دارد: «کشتی مال منقول و رهن آن تابع احکام این قانون است. رهن کشتی در حال ساختمان و یا کشتی آمادهٔ بهره‌برداری نیز وسیلهٔ سند رسمی باید صورت گیرد و قبض شرط صحت رهن نیست...». همچنین، در بیع شرط و سایر معاملات با حق استرداد، با این که آثار معامله با رهن بسیار نزدیک است، قانونگذار قبض را شرط صحت نمی‌داند.

دستاویز حیله نسبت به قانون کنند. در حالی که، ثبت رهن خانه در دفتر املاک استیلای معنوی بر آن را، از حیث امکان فروش و استیفای طلب، فراهم می‌سازد، بدون اینکه در چگونگی انتفاع از آن اخلال کند. پس، در تعریف قبض مورد رهن باید گفت: «هرگاه که عین مرهون به گونه‌ای در اختیار مرتهن قرار گیرد که در دید عرف استیلای معنوی او بر توقیف و فروش آن تأمین شود، قبض تحقق یافته است، هرچند که تسلیم مادی نیز انجام نشده باشد» (مادهٔ ۳۶۸ ق.م.).

۲۴۶. قبض باید به اذن راهن باشد :

از آنچه گفته شد چنین برآمد که پیش از تسلیم مورد رهن به طلبکار، عقد رهن تمام نیست و ایجاب و قبول به تنهایی رابطهٔ حقوقی به وجود نمی‌آورد. نتیجهٔ مهمی که از این حکم گرفته می‌شود ادامهٔ عقد تا وقوع قبض است: یعنی، از آنجا که قبض نیز در زمرهٔ ارکان عقد است، در صورتی اثر دارد که به تراضی انجام شود. ایجاب و قبول حق استیلاء یافتن بر مال مورد رهن را برای مرتهن به وجود نمی‌آورد و راهن را نیز ملزم به تسلیم نمی‌کند. پس، قبض نیز باید به اذن راهن باشد. در حالی که، اگر عقد با ایجاب و قبول تمام می‌شد و قبض در زمرهٔ آثار آن قرار می‌گرفت، هیچ لزومی برای اذن راهن وجود نداشت؛ چنان که در عقد بیع نیز، با این که مبیع باید تسلیم خریدار شود، در قبض آن نیازی به اذن فروشنده نیست و خریدار می‌تواند مال خود را در هر جا بیابد تصرف کند (مادهٔ ۳۷۴ ق.م.).

لزوم اذن راهن، در موردی هم که عین مرهون پیش از عقد در قبض مرتهن بوده است، وجود دارد و راهن باید تصرف به عنوان رهن را نیز اجازه دهد. بی‌گمان، در پاره‌ای موارد که موضوع رهن به امانت یا اجاره در تصرف مرتهن هست، ایجاب و قبول دلالت ضمنی بر اذن به قبض نیز دارد. ولی، وجود این کاشف خارجی نباید با لازم نبودن اذن اشتباه شود. به همین جهت، اگر راهن اعلام کند که مال را به رهن می‌دهد و دربارهٔ قبض آن بعد تصمیم می‌گیرد، نمی‌توان ادعا کرد که رهن تمام است و مدیون نمی‌تواند آن را برهم زند.

۲۴۷. لزوم وجود و اهلیت دو طرف در زمان قبض :

در صورتی که قبض از ارکان عقد رهن باشد، باید در زمان وقوع آن نیز دو طرف موجود و دارای اهلیت باشند. مرگ و حجر یکی از آنان به منزلهٔ مرگ و حجر در فاصلهٔ بین ایجاب و قبول است.

ولی، بر مبنای نظر کسانی که قبض را شرط لزوم رهن می‌دانند، اختلاف شده است که آیا مرگ و حجر طرفین عقد را منفسخ می‌کند یا، چون این عقد به لزوم منتهی می‌شود و طرفین انتظار آن را دارند، عقد باقی می‌ماند. همچنین، این اختلاف وجود دارد که انفساخ ویژهٔ مرگ و حجر راهن است یا در مورد مرتهن نیز اجراء می‌شود. لیکن، با مبنایی که نویسندگان قانون مدنی برگزیده‌اند، ما از این بحث فارغ هستیم.

۲۴۸. امکان توکیل برای قبض :

لزومی ندارد که قبض مال مرهون به وسیلهٔ شخص مرتهن انجام پذیرد. همان‌گونه که تمام عقد به وکالت انجام‌پذیر است، جزئی از آن نیز قابل توکیل به نظر می‌رسد. پس، مرتهن می‌تواند به دیگری نمایندگی دهد تا مورد رهن را قبض کند و راهن نیز حق دارد که به وسیلهٔ وکیل خود آن را تسلیم کند.

همچنین، دو طرف می‌توانند تراضی کنند که عین مرهون به قبض شخص ثالثی داده شود. در این صورت، شخص ثالث امین و نمایندهٔ هر دو است و نمی‌تواند آن را به یکی از آنان بدهد. زیرا، این اقدام به سود هر طرف که انجام شود برخلاف مقتضای امانت از سوی دیگری است و نباید او را تنها نمایندهٔ مرتهن در قبض پنداشت[1]. مادهٔ ۷۷۲ قانون مدنی، که می‌گوید: «**مال مرهون باید به قبض مرتهن یا به تصرف کسی که بین طرفین معین می‌گردد داده شود**»، ناظر به همین فرض است.

۱. محقق، شرایع، کتاب رهن ـ علامهٔ حلی، تذکره، ج ۲، ص ۳۳ ـ اگر این شخص مال مرهون را به یکی از طرفین بدهد او و گیرنده ضامن آن هستند.

مبحث دوم: اعمال قواعد در پاره‌ای از اقسام رهن

۲۴۹. رهن مال مشاع :

ایجاب و قبول رهن مال مشاع با مالی که تمام آن به رهن گذارده می‌شود تفاوت ندارد، زیرا وقوع تراضی زیانی به سایر شریکان نمی‌رساند. ولی، آنچه با دشواری روبرو می‌شود تسلیم سهم مشاع به مرتهن است: در این فرض، مال مرهون با سهم سایر شریکان مخلوط و منتشر در مجموع است. پس، تسلیم آن نیز با تصرف در مال شریکان دیگر ملازمه دارد و باید با اذن آنان انجام پذیرد.

در غالب اراضی و اموال غیرمنقول، قبض حصهٔ مشاع به معنی تصرف در حقوق دیگران نیست و در غالب اموال منقول این اقسام با قبض سهام دیگران همراه است. ولی، باید دانست که معیار اصلی پرهیز از تصرف در حق شریکان دیگر است که هرجا ممکن شود قبض نیاز به اذن آنان ندارد: برای مثال، در رهن کامیونی که در اجارهٔ دیگران است، قبض سهم مشاع آن مستلزم خلع ید مستأجر نیست و کافی است آن سهم به گونه‌ای از انتقال مصون باشد و حق مرتهن محفوظ بماند. به همین جهت، با این که کامیون در زمرهٔ اموال منقول است، قبض سهم مشاع آن نیاز به اذن شریکان دیگر ندارد، برعکس، قبض سهم مشاع از تابلویی که به دیوار الصاق شده است (غیرمنقول تبعی) با تابلویی که آزاد است تفاوت نمی‌کند.

باید افزود که، هرگاه سهم مشاع به اذن شریکان آن به قبض مرتهن داده شود سپس بین او و سایر شریکان اختلاف افتد، مسأله مانند موردی است که چند شریک نتوانند در

تصرف مال مشاع تراضی کنند: ناچار هیچ‌کدام حق تصرف ندارند و حاکم باید مال را به امینی بسپارد[1].

۲۵۰. رهن مکرر :

در فقه امامیه، نسبت به امکان رهن مکرر تردید مهمی نشده است[2]. مادهٔ ۳۴ مکرر قانون ثبت مصوب مرداد ماه ۱۳۲۰ رهن مکرر را نسبت به اموال غیرمنقول ثبت شده به صراحت مجاز می‌شناخت و در آن آمده بوده که **«معامله کننده می‌تواند، با قید حق بستانکار مقدم، مورد معامله را برای وام‌های دیگر وثیقه و تأمین قرار دهد. در صورت فکّ معاملهٔ مقدم، تمام مال مورد معامله وثیقهٔ وام بعدی و، در صورت عدم فکّ معاملهٔ مقدم و فروش مال، هر بستانکار مقدم برای استیفای اصل طلب و اجور و خسارات قانونی بر بستانکارهای بعدی مقدم خواهد بود...»** و استادان حقوق نیز، با توجه به پیشینهٔ تاریخی آن در فقه و اصول حقوقی، این حکم را در اموال منقول و املاک ثبت نشده نیز قابل اجرا می‌دانستند[3].

ولی، در اصلاحات ۱۳۵۱ مادهٔ ۳۴ مکرر تغییر کرد و در مادهٔ جدید چنین آمد که: **«در کلیهٔ معاملات مذکور در مادهٔ ۳۴ این قانون بدهکار می‌تواند با تودیع کلیهٔ بدهی خود، اعم از اصل و اجور و خسارات قانونی و حقوق اجرایی، نزد سردفتر اسناد رسمی تنظیم کنندهٔ سند مورد معامله را آزاد و آن را با دیگری معامله نماید یا کلیهٔ بدهی خود را در صندوق ثبت یا هر مرجع دیگری که ادارهٔ ثبت تعیین می‌نماید تودیع و با تسلیم مدرک تودیعی به دفترخانهٔ تنظیم کنندهٔ سند موجبات فسخ و فکّ سند را فراهم کند...»**.

مفاد ماده و به ویژه ارتباط آن با مادهٔ ۳۴ مکرر پیشین این گمان را به وجود آورد که

۱. جواهرالکلام، ج ۲۵، ص ۳۵۶.
۲. علامهٔ حلی، تحریر، ص ۳۰۵ ـ شهید ثانی، مسالک، ج ۱، ص ۱۲۹ ـ محقق، شرایع، کتاب رهن ـ سبزواری، کفایه، ص ۱۰۸ ـ شیخ محمد حسن نجفی، جواهرالکلام، ج ۲۵، ص ۱۵۶ (که ادعای اجماع بر جواز آن کرده است).
۳. دکتر سید حسن امامی، ج ۲، ص ۳۴۱.

قانونگذار بدین وسیله رهن مکرر را ممنوع ساخته و مدیون را راهنمایی کرده است که چاره‌ای جز پرداخت دین سابق و آزادکردن رهن ندارد و نمی‌تواند وثیقهٔ‌طلبی را دوباره به رهن دهد.

ولی، این گمان را باید از ذهن زدود. زیرا، اگر رهن مکرر امری استثنایی بود که قانونگذار برخلاف اصول کلی تجویز می‌کرد، با نسخ آن ماده اجازهٔ قانونگذار نیز از بین می‌رفت. لیکن، رهن مکرر نیازی به تجویز خاص قانونگذار ندارد و مباح بودن آن از اصول کلی نیز استنباط می‌شود. پس، نسخ مادهٔ ۳۴ مکرر تنها تأکید بر آن را، به عنوان حکمی زاید، از بین می‌برد و دلیل بر منع قانونگذار نیست. به هر حال، در آئین‌نامهٔ اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجراء و طرز رسیدگی به شکایت از عملیات اجرایی مصوب تیر ماه ۱۳۵۵، تعبیری که از ارادهٔ قانونگذار شد مورد تأیید قرار گرفت.

در این آئین‌نامه (مواد ۱۳۱ و ۱۳۲) بازداشت مازاد عین مرهونه بنفع غیر پیش‌بینی شده و شیوهٔ اجرای سند رسمی دربارهٔ چنین نهادی معین گردیده است و مادهٔ ۱۳۳ آن، برخلاف وظیفه‌ای که صادرکنندهٔ آئین‌نامه دارد و باید احکام جزئی و اجرایی قانون را معین کند، به تفسیر مادهٔ ۳۴ مکرر اصلاحی می‌پردازد. در این ماده آمده است: «اجرای مفاد مادهٔ ۳۴ مکرر اصلاحی، از جهت ایداع وجه نزد سردفتر اسناد رسمی، منحصر به مواقعی است که بدهکار در مقام انجام معاملهٔ دیگری نسبت به مورد وثیقه بوده و بخواهد با پرداخت کلیهٔ بدهی و خسارات قانونی و نیم‌عشر یا فسخ معامله مورد وثیقه را با دیگری معامله کند....».

بدین ترتیب، حقیقتی با وسیلهٔ نامناسب بیان شده است و اکنون تردیدی در امکان رهن مکرر مازاد وثیقه وجود ندارد و اذن مرتهن نیز در نفوذ چنین معامله‌ای مؤثر نیست.

۲۵۱. تعدد مرتهن :

در فرض پیشین گفته شد که راهن می‌تواند مورد رهن را به عنوان وثیقهٔ دین دیگر خود به رهن دهد، یعنی دو طلبکار در طول یکدیگر نسبت به یک مال مرتهن قرار گیرند. اکنون نیز باید افزود که راهن می‌تواند مال خود را ضمن یک عقد وثیقهٔ دو طلبکار قرار دهد. در این فرض، دو مسألهٔ اساسی مطرح می‌شود که باید اعمال قواعد عمومی را

دربارهٔ آنها بررسی کرد:

۱. قبض مورد رهن چگونه انجام می‌گیرد؟ آیا باید همه به اشتراک رهن را قبض کنند یا باید یکی از آنان از سوی خود و نمایندگی دیگران آن را تصرف کند؟ مادهٔ ۷۷۶ قانون مدنی پاسخ این پرسش را چنین می‌دهد: «... **مرتهنین باید به تراضی معین کنند که رهن در تصرف چه کسی باشد...**».

۲. استیفای طلب چگونه باید انجام شود؟ در این فرض، مرتهنان در عرض یکدیگر قرار دارند و هیچ‌کدام بر دیگران رجحان ندارد. پس، تنها راه معقول این است که پس از فروش مال، بهای آن را به نسبت طلب بین خود تقسیم کنند و اگر خریداری پیدا نشود هرکدام به نسبت طلب خود مالک سهم مشاعی از عین مرهون خواهد شد.

اکنون باید دید، هرگاه دو طرف دربارهٔ میزان رهن هر طلب تراضی نکنند و به طور مطلق مالی در برابر چند طلب رهن گذارده شود، آیا تمام مال مرهون در برابر هریک از طلبها رهن است یا به نسبت میزان هر طلب تنها سهم مشاعی از آن وثیقه قرار می‌گیرد یا سرانجام هریک از مرتهنان، قطع نظر از میزان طلب، نیمی از مال را در رهن خود دارد؟

از مفاد مادهٔ ۷۸۳ قانون مدنی چنین بر می‌آید که تمام مال مرهون وثیقهٔ هر جزیی از دین است و بدین جهت تا همهٔ دین پرداخته نشود وثیقه نیز آزاد نخواهد شد. در فرض ما نیز، دو یا چند دینی که در برابر مال مرهون قرار می‌گیرد، از نظر ارتباطی که ضمن عقد به هم پیدا کرده است، در حکم یک دین است که مال مرهون متعلق آن واقع می‌شود، وگرنه لزومی نداشت که ضمن یک عقد وثیقه برای دیون مستقل ایجاد گردد. به بیان دیگر، ظاهر از دادن یک وثیقه و ضمن یک عقد در برابر چند دین این است که تمام رهن در برابر مجموع دیون قرار گرفته است نه این که هر جزئی از مال مرهون وثیقهٔ یکی از دیون باشد و عقد واحد به چند عقد جداگانه تجزیه شود[1].

۱. در تأیید این نظر، رجوع شود به: دکتر امامی، همان کتاب، ص ۳۴۴ که به نظر می‌رسد با آنچه در صفحهٔ ۳۵۷ و تأیید نظر مخالف گفته است تعارض دارد.

۲۵۲. تعدد راهن :

هرگاه دو یا چند نفر به طور مشاع مالک مالی باشند و در برابر دیون متعددی که به دیگری دارند آن را به او رهن دهند، با اینکه یک عقد در این رابطه حکومت دارد، ظاهر این است که سهم هر مدیون رهن دین او است و با پرداخت آن آزاد می‌شود. پیوندی که بین دیون شریکان و سهام آنان به وجود آمده برای این است که بتوانند مجموع مال مشترک را به قبض مرتهن دهند و احتمال این که خواسته باشند سهم هرکدام در برابر هر جزئی از مجموع دیون رهن باشد ضعیف‌تر به نظر می‌رسد و تفسیر ارادهٔ آنان بدین صورت نیاز به تصریح دارد.

ولی، هرگاه اشاعه در خلال رهن ایجاد شود و در آغاز تراضی تمام مال در برابر همهٔ دین رهن باشد، رهن تجزیه نخواهد شد. به همین جهت، اگر راهن فوت کند و دین او و مال مرهون به ورثه منتقل شود، نمی‌توان ادعا کرد که سهم هر وارث وثیقهٔ بخشی از دین است که به او می‌رسد (ش ۲۴۲).

مادهٔ ۶۰۶ قانون مدنی نیز در همین زمینه مقرر می‌دارد: «**هرگاه ترکهٔ میت قبل از اداء دیون او تقسیم شود، و یا بعد از تقسیم معلوم شود که بر میت دینی بوده است، طلبکار باید به هریک از وراث به نسبت سهم او رجوع کند و اگر یک یا چند نفر از وراث معسر شده باشد، طلبکار می‌تواند برای سهم معسر یا معسرین نیز به وراث دیگر رجوع کند**» و بدین وسیله ترکه را وثیقهٔ طلب شمرده و هر جزء از آن را رهن تمام طلب تلقی کرده است[1].

۲۵۳. تعدد دیون :

در موردی که مدیون مالی را به عنوان وثیقهٔ چند دین خود به طلبکار رهن می‌دهد،

۱. هر وارث که بخشی از وثیقهٔ متعلق حق غیر (مرتهن) را تملک کرده است، باید تا میزان بهای آن دین را بپردازد. محدود بودن مسؤولیت وارث به میزان ترکه در مادهٔ ۶۰۶ نیامده است، ولی از قانون امور حسبی و سایر اصول به خوبی استنباط می‌شود و مبین حکم مادهٔ ۶۰۶ است. منتها، باید دانست وارثی که ترکه را قبول کرده است باید کمبود ترکه را اثبات کند.

این پرسش به وجود می‌آید که پیوند دیون در یک عقد باعث اتحاد آنها می‌شود، چندان که گویی رهن برای یک دین داده شده و وثیقهٔ هر جزئی از آن قرار گرفته است، یا بخشی از مال مرهون به طور مستقل رهن هر دین قرار می‌گیرد و در نتیجه با پرداخت هر دین بخشی از عین مرهون آزاد می‌شود؟

قانون مدنی پاسخی برای این پرسش ندارد و راه حل را به تعبیر دادرس از قصد مشترک طرفین واگذارده است. با وجود این، ظاهر از جمع دیون متعدد ضمن یک عقد و دادن یک رهن برای همهٔ آنها این است که وثیقه در برابر همهٔ طلب‌های گوناگون قرار گیرد و مجموع حق طلبکار از آن محل استیفاء شود. پس، هرگاه تصریح نشود که مقصود چه بوده است، مال مرهون را باید وثیقهٔ مجموع دیون دانست و پرداخت یکی از آنها را در آزاد ساختن وثیقه بی‌اثر شناخت.

۲۵۴. رهن قهری بدل مال مرهون :

به موجب مادهٔ ۷۹۱ قانون مدنی: «**اگر عین مرهونه به واسطهٔ عمل خود راهن یا شخص دیگری تلف شود، باید تلف کننده بدل آن را بدهد و بدل مزبور رهن خواهد بود**».

بنابراین، هرگاه کسی مال رهن را تلف کند، خواه تلف کننده راهن یا مرتهن یا شخص ثالث باشد، باید بدل آن را بدهد. این بدل ممکن است مثل یا قیمت آن باشد و در هر حال جانشین مال مرهون در دارایی راهن است و همان موقعیت را پیدا می‌کند. به اضافه، هدف از رهن این است که دین از محل قیمت وثیقه استیفاء شود و بنابراین وجود عین مال لازمهٔ ایجاد وثیقه نیست[1]. آنچه تلف کننده در برابر عین می‌پردازد، خود به خود رهن است و نیاز به تراضی جدید و عقد دیگر ندارد.

باید افزود که، هرگاه بدل مورد رهن پول باشد، مرتهن نمی‌تواند پیش از سررسید دین آن را بابت طلب خود بردارد و باید پول را همچون امانت راهن نزد خود نگاه دارد.

۱. شیخ محمدحسن نجفی، جواهرالکلام، ج ۲۵، ص ۲۴۸ ـ محمدمحسن فیض کاشانی، مفاتیح‌الشرایع، ج ۳، ص ۱۳۹.

مبحث سوم: شرایط ضمن عقد

۲۵۵. شرط وکالت برای فروش مال مرهون :

مادهٔ ۷۷۷ قانون مدنی، در مورد وکیل ساختن مرتهن در فروش عین مرهونه و نیز شرط وکالت وارثان مرتهن، در کتاب وکالت مورد مطالعه قرار گرفت. پس، با یادآوری دو نکته، که ویژهٔ مباحث رهن است، می‌توان بحث مربوط به آثار و نفوذ این شرط را کامل کرد :

۱. از آن‌جا که عقد نسبت به مرتهن جایز است، او می‌تواند از امتیاز خود نسبت به رهن بگذرد. شرط وکالت در فروش او را پای‌بند نمی‌کند و اثر آن تنها اسقاط حق عزل راهن است[1].

۲. از مفاد مادهٔ ۳۴ قانون ثبت و پیشینهٔ تاریخی آن چنین بر می‌آید که مرتهن برای فروش مال مرهون و استیفای طلب خود ناچار باید به مقامهای عمومی (حاکم) رجوع کند و نمی‌تواند، به استناد وکالت از سوی راهن، اقدام به فروش و تملک آن کند. تمهیدهای مقرر در این ماده برای حمایت از حقوق بدهکارانی است که از فرط اضطرار ناچار می‌شوند شرایط صاحبان سرمایه را بپذیرند و بدین امید که تا سررسید دین گشایشی در کارشان پیدا می‌شود خود را به خطر می‌اندازند. قانونگذار خواسته است بدین وسیله فروش مبیع شرطی و عین مرهون را در بازرسی خود گیرد و مانع از آن شود که طلبکار مبلغی زیادتر از طلب خود به دست آورد. پس، آنچه در مادهٔ ۳۴ آمده مربوط

۱. شهید ثانی، شرح لمعه، ج ۴، ص ۷۸.

به نظم عمومی است و اختیار مرتهن که با کلمهٔ «می‌تواند» در متن ماده بیان شده است، بی‌گمان اختیار گزینش راه «وصول طلب با فروش مال رهن» در برابر «انصراف از رهن و رجوع به سایر اموال بدهکار» است.

فایدهٔ مهم استفاده از شرط وکالت در فروش این است که مرتهن را از رجوع به حاکم بی‌نیاز می‌کند (مادهٔ ۷۷۹ ق.م.) و این فایده با منع مادهٔ ۳۴ قانون ثبت تعارض دارد و در وضع کنونی قوانین از بین رفته است. بنابراین، در مورد رهن اموال غیرمنقول، که بر طبق مواد ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت تنظیم سند رسمی ضرورت دارد ودر مورد اموال منقولی که به‌وسیلهٔ سند رسمی به رهن داده می‌شود، مرتهن باید به اجرای ثبت رجوع کند. ولی، در سایر موارد، که سند معامله عادی است، مرتهن ناچار در دادگاه اقامهٔ دعوا می‌کند و الزام راهن را به ادای دین از راه فروش مال مرهون می‌خواهد و دادگاه، در مقام اجرای حکم، مفاد مادهٔ ۳۴ را رعایت می‌کند[1].

۲۵۶. آیا مادهٔ ۷۷۷ ق.م. نسخ ضمنی شده است؟

محدود ساختن قلمرو وکالت در فروش، این پرسش را مطرح کرده است که آیا با وجود مادهٔ ۳۴ قانون ثبت، مادهٔ ۷۷۷ قانون مدنی نسخ ضمنی شده است، یا تنها مانعی در راه یکی از مهم‌ترین فایده‌های آن به وجود آمده است؟

ثمرهٔ عملی گزینش یکی از دو راه حل در این است که، اگر مادهٔ ۷۷۷ نسخ ضمنی شده باشد، در مقام استفاده از مبنای آن برای تعیین آثار شرط وکالت ضمن عقد، قابل استناد نیست و باید آن را از شمار احکام قانونگذار حذف کرد. به‌اضافه، هرگاه روزی مادهٔ ۳۴ قانون ثبت نیز نسخ شود، باز هم اعتباری برای مادهٔ ۷۷۷ به وجود نمی‌آورد. زیرا موجود مرده را دیگر نمی‌توان حیات حقوقی بخشید. این اقدام نیاز به انشاء دیگر دارد و حکم پیشین از بین رفته است. ولی، در صورتی که مادهٔ ۳۴ قانون ثبت به منزلهٔ مانعی در راه اجرای مفاد وکالت باشد، با زوال مانع، دوباره اجرای اختیار وکیل ممکن می‌شود. بر این مبنا، از مفاد مادهٔ ۷۷۷ در سایر مواردی که با

۱. مواد ۲۰۷۸ و ۲۰۸۸ قانون مدنی فرانسه، هر شرط مخالف با لزوم رجوع به مقامات قضایی برای فروش رهن را باطل می‌داند.

مانع روبرو نیست می‌توان استفاده کرد و آن را جزئی از مجموعهٔ هماهنگ قانون مدنی به شمار آورد که در تفسیر سایر مواد اثر دارد و از احکام آنها نیز متأثر می‌شود.

پاره‌ای از نویسندگان نسخ ضمنی مادهٔ ۷۷۷ را تأیید کرده‌اند[۱]. با وجود این، محدود شدن اختیار وکیل و باقی ماندن اعتبار این ماده قوی‌تر به نظر می‌رسد،[۲] زیرا:

۱. مادهٔ ۷۷۷ ناظر به امکان وکالت دادن به مرتهن برای فروش است و مادهٔ ۳۴ وکیل را از اقدام خصوصی و فردی ممنوع می‌سازد و ناچار می‌کند که به مقام‌های عمومی رجوع کند و این دو حکم، از حیث امکان وکالت دادن، تعارض ندارد و تنها از اختیار وکیل می‌کاهد. به بیان دیگر، اطلاق مادهٔ ۷۷۷ با قیدی روبرو شده است که نشان می‌دهد مقصود اعمال وکالت از طریق رجوع به مقام‌های قضایی است.

۲. مادهٔ ۳۴ وکالت را لغو نمی‌کند، زیرا وکیل در جریان فروش مال به وسیلهٔ مقام‌های عمومی می‌تواند اقداماتی را که با غبطهٔ موکل سازگار است از اجرای ثبت یا دادگاه بخواهد. برای مثال، می‌تواند فروش مال مرهون را به وسیلهٔ حراج تقاضا کند، ولی نمی‌تواند از حراجی که به‌وسیلهٔ راهن درخواست شده است صرفنظر کند. زیرا، در این اقدام تعارض منفعت بین وکیل و موکل وجود دارد و هیچ وکیلی در اقدام به زیان موکل خود نیابت ندارد.

بدین ترتیب، مانعی که مادهٔ ۳۴ قانون ثبت در راه اجرای اختیار وکیل به وجود آورده است، مادهٔ ۷۷۷ را از زمرهٔ قواعد حقوق مدنی خارج نمی‌سازد و در جمع دو ماده می‌توان از نسخ پرهیز کرد. به ویژه که عام بودن قوانین مدنی به عنوان اصل و خاص بودن قلمرو قوانین ثبت و شکلی بودن غالب آنها قرینه‌ای است که این تفسیر را تأیید می‌کند.

۲۵۷. شرط تعلق یا تملیک مورد رهن به مرتهن :

صورت مسأله این است که آیا می‌توان در عقد رهن شرط کرد که، هرگاه طلب مرتهن تا موعد معین پرداخته نشود، مورد رهن از آن او باشد یا به صورت شرط نتیجه در برابر

۱. دکتر جعفری لنگرودی، رهن ـ صلح، ص ۸۴، ش ۱۲۳ ـ دکتر سید حسین صفایی، حقوق مدنی، ج ۲، ص ۴۴۵.

۲. الجمع مهما امکن اولی.

طلب به ملکیت او درآید؟

مفاد این شرط همان نتیجه‌ای است که سرمایه‌داران و رباخواران در بیع شرط می‌گرفتند و در برابر وامی که به صاحب ملک می‌دادند، ملکی را که چندین برابر آن ارزش داشت به طور صوری می‌خریدند و در واقع تصاحب می‌کردند. تدوین مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت و ایجاد عنوان «معاملهٔ با حق استرداد» و سلب اثر تملیکی از «بیع شرط» برای جلوگیری از چنین تقلبی نسبت به قانون صورت گرفت[1].

پس، اگر شرط وکالت در فروش با مفاد مادهٔ ۳۴ قانون ثبت منافات داشته باشد، به طریق اولی شرط تملیک مورد رهن به مرتهن با آن تعارض آشکار دارد. به اضافه، این شرط از جمله قراردادهایی است که در مادهٔ ۳۹ قانون ثبت باطل اعلام شده است (مواد ۳۳ و ۳۴ و ۳۸) و در فقه امامیه نیز نسبت به بطلان این شرط تردیدی وجود ندارد.

با وجود این، پاره‌ای از نویسندگان، با این که مادهٔ ۷۷۷ قانون مدنی در مورد وکالت در فروش عین مرهون را نسخ شده می‌پندارند، این شرط را مباح شمرده‌اند[2].

۲۵۸. شرط سلب حق فروش از مرتهن :

به موجب مادهٔ ۷۷۸ قانون مدنی: «**اگر شرط شده باشد که مرتهن حق فروش عین مرهونه را ندارد باطل است**». بدین ترتیب، در بطلان شرط تردید وجود ندارد ولی نسبت به اثر شرط در عقد رهن مادهٔ ۷۷۸ مجمل است و این پرسش را به وجود می‌آورد که آیا وجود چنین شرطی عقد رهن را نیز باطل می‌کند یا تنها شرط باطل است؟ به بیان دیگر، آیا شرط سلب حق فروش از مرتهن با مقتضای ذات رهن منافات دارد یا شرط نامشروع و عقد صحیح است؟

ظاهر مادهٔ ۷۷۸ تنها بطلان شرط را تأیید می‌کند، ولی نویسندگان حقوق مدنی آن را خلاف مقتضای رهن می‌دانند[3]. بیشتر فقیهانی که این مسأله را مطرح ساخته‌اند نیز

۱. ج ۱، ش ۸۳.
۲. دکتر جعفری لنگرودی، همان کتاب، ش ۱۲۶ ـ دکتر سید حسن امامی، ج ۲، ص ۴۶۷.
۳. مصطفی عدل، حقوق مدنی، ش ۸۱۳، ص ۴۹۱ ـ دکتر سید حسن امامی، ج ۲، ص ۳۶۰ ـ دکتر جعفری لنگرودی، همان کتاب، ش ۱۳۰ ـ محمد بروجردی عبده، ص ۴۰۶.

شرط و عقد را باطل دانسته‌اند[۱]. در تأیید این نظر گفته شده است که هدف اصلی از عقد رهن این است که مرتهن بتواند، در صورت عدم تأدیهٔ دین، از حاصل فروشِ رهن طلب خود را استیفاء کند. پس، شرطی که این حق را از مرتهن بگیرد مخالف مقتضای عقد است و وثیقه را بیهوده می‌سازد.

این استدلال قوی است، ولی در تأیید ظهور مادهٔ ۷۷۸ نیز می‌توان گفت، جوهر رهن این است که وثیقه را متعلق حق مرتهن سازد و آن را به سود طلبکار حبس کند و چگونگی استیفاء طلب در مقایسهٔ با این اقتضاء ذاتی جنبهٔ فرعی و ثانوی دارد. بیگمان، راه طبیعی و متعارف وصول طلب مرتهن، استفاده از بهای فروش وثیقه است و قانونگذار بستن این راه متعارف را ممنوع ساخته است. ولی، شرط مربوط به سلب حق فروش از مرتهن، رهن را میان تهی و وثیقه را بیهوده نمی‌سازد. زیرا، محبوس ماندن وثیقه تا پرداخت دین باعث فشار اقتصادی بر مدیون است که وفای به عهد کند. وجود حق عینی طلبکار بر مورد رهن و باز ماندن آن از گردش طبیعی خود نیز طلبکار را مطمئن می‌سازد که سرانجام به حق خویش می‌رسد و این حق بدون پشتوانه نمی‌ماند. وانگهی، استفادهٔ تدریجی از منافع مال نیز راهی است که طلبکار را، هرچند بطور ناقص، به حق خویش می‌رساند. پس، اگر مادهٔ ۷۷۸ به معنای ظاهری خود حمل شود و شرط باطل و رهن درست باشد، ضمن احترام به ارادهٔ آنان در ایجاد وثیقه و حمایت از حق طلبکار، مانع نامتعارف و نامشروعی که ایجاد کرده‌اند از بین می‌رود و هیچ لطمه‌ای به نظم عمومی و اخلاق نیز نمی‌رسد.

آنچه گفته شد، در موردی است که حق فروش یا درخواست اجبار به فروش از مرتهن گرفته شود، وگرنه، در موردی که شروطی برای فروش مال مرهون معین می‌گردد، مانند این که به فلان قیمت یا به اذن شخص معین باشد یا پس از چند ماه به خریدار تحویل داده شود، در درستی عقد و شرط (تا جایی که با مقررات مادهٔ ۳۴ قانون ثبت مخالف نباشد)، تردید نباید کرد[۲].

۱. علامهٔ حلی، تذکره، ج ۲، ص ۱۱ ؛ قواعد، کتاب رهن ـ سید محمد جواد عاملی، مفتاح‌الکرامة، ج ۵، ص ۷۴ و ۷۵ ـ محقق ثانی، جامع‌المقاصد، ج ۱، ص ۲۷۴.
۲. عاملی، مفتاح‌الکرامة، ج ۵، ص ۷۴ و ۷۵.

۲۵۹. شرط تعلق منافع رهن به مرتهن :

به موجب مادهٔ ۷۸۶ قانون مدنی: «ثمرهٔ رهن و زیادتی که ممکن است در آن حاصل شود، در صورتی که متصل باشد جزء رهن خواهد بود و در صورتی که منفصل باشد متعلق به راهن است، مگر اینکه ضمن عقد بین طرفین ترتیب دیگری مقرر شده باشد». بنابراین، شرطی که منافع عین مرهون را از آنِ مرتهن بداند درست است. رهنی که با چنین شرطی همراه است، در اصطلاح «رهن تصرف» گفته می‌شود.

در معاملات با حق استرداد، مانند بیع شرط، این ترتیب بدون نیاز به شرط تعلق منافع به خریدار رعایت می‌شود. ولی، در رهن نیز، موارد استعمال آن کم نیست؛ شخصی که مایل به سکونت در منزلی است که مالک آن نیاز به وام دارد، مالک وام مورد نیاز را می‌گیرد و خانه را به رهن می‌گذارد و آن را به تصرف وام دهنده می‌دهد و قرار می‌گذارند که منافع مورد رهن (سکونت) از آن او باشد.

فصل دوم

شرایط صحت رهن

مبحث اول: تراضی و اهلیت

۲۶۰. آیا رهن موقت باطل است؟

هدف از عقد رهن این است که وثیقه تا زمان وصول دین محبوس بماند و طلبکار بتواند از آن محل طلب خود را بردارد. جمعی از فقهاء از این اقتضای رهن نتیجه گرفته‌اند که دائمی بودن رهن از شرایط صحت عقد است[1]. در قانون مدنی دوام رهن در زمرهٔ شرایط درستی عقد نیامده است. با وجود این، هرگاه مدت رهن چنان معین شود که پیش از فرا رسیدن موعد دین از بین برود، در بطلان عقد تردید نباید کرد و چنین شرطی بی‌گمان خلاف مقتضای عقد است. برای مثال، اگر فرض کنیم برای تعیین دینی که پس از شش ماه حال می‌شود، وثیقه برای مدت چهار ماه معین گردد، این وثیقه هیچ اثر حقوقی ندارد و نشان می‌دهد که دو طرف ارادهٔ جدی بر ایجاد وثیقه نداشته‌اند.

ولی، در موردی که مدت رهن بیش از مهلت تأدیهٔ دین است و برای طلبکار امکان

۱. شهید اول. لمعه، کتاب رهن ـ شهید ثانی، شرح لمعه، ج ۴، ص ۵۵ ـ شیخ محمد حسن نجفی، جواهرالکلام، ج ۲۵، ص ۲۲۶ ـ علامهٔ حلی، تذکره، ج ۲، ص ۳۲ ـ در لغت نیز «رهن» به معنی ثبات و دوام است (فاضل مقداد، کنزالعرفان، ج ۲، ص ۵۹).

درخواست فروش آن وجود دارد، نمی‌توان حکم به بطلان رهن داد. زیرا، برای تحقق رهن، لزومی ندارد که مال مرهون تا سقوط دین در گرو طلبکار باقی بماند و کافی است که امکان استیفای طلب برای او به وجود آید[1]. چنان که در ضمانتنامه‌ها و رهن‌های تجارتی نیز مرسوم است که، تضمین با وثیقه به مدت معین داده شود و طلبکار نتواند در وصول حق خویش کاهلی کند.

۲۶۱. امکان شرط خیار در رهن :

مادهٔ ۴۵۶ قانون مقرر می‌دارد که: «تمام انواع خیار در جمیع معاملات لازمه ممکن است موجود باشد، مگر خیار مجلس و حیوان و تأخیر ثمن که مخصوص بیع است». پس، آنچه می‌تواند مانع از نفوذ شرط خیار در عقد لازمی (مانند رهن یا ضمان) شود، حکم خاص قانونگذار است. این حکم نیز جنبهٔ استثنایی دارد و نمی‌توان آن را به‌وسیلهٔ تفسیر موسع یا قیاس به موارد مشابه گسترش داد. بدین ترتیب، بر فرض که شرط خیار در ضمان ممکن نباشد، این حکم استثنایی در رهن قابل اجراء نیست و باید عموم مادهٔ ۴۵۶ را در رهن نیز رعایت کرد.

۲۶۲. اهلیت دو طرف :

راهن و مرتهن باید برای معامله کردن اهلیت داشته باشند. کسی برای پیمان بستن و تعهد کردن اهلیت دارد که بالغ و عاقل و رشید باشد (مادهٔ ۲۱۱ ق.م.). در مورد رهن، قانونگذار حکم خاصی ندارد و با سکوت خود این عقد را تابع قواعد عمومی قرار داده است. با وجود این، پاره‌ای از استادان متمایل بر این نظر شده‌اند که، اگر مرتهن بتواند هر زمان که بخواهد از رهن منصرف شود، صغیر ممیز و سفیه نیز بتواند به عنوان مرتهن طرف عقد باشد[2].

۱. دکتر سید حسن امامی، ج ۲، ص ۳۳۲.
۲. همان.

۲۶۳. امکان رهن دادن مال محجوران از طرف ولی یا قیم :

رهن گذاردن گاه لازمهٔ ادارهٔ دارایی است که به عهدهٔ ولی یا قیم نهاده شده است. ولی، چون با رهن نهادن مالِ مولی‌علیه در معرض خطر انتقال ناخواسته و حراج قرار می‌گیرد، قانونگذار قیم را در رهن اموال غیرمنقول مولی‌علیه محدود به رعایت غبطهٔ او و تصویب دادستان کرده است (مادهٔ ۱۲۴۱ ق.م.). دادستان در کار ولی قهری دخالت ندارد و ظاهر این است که پدر و جد پدری رعایت غبطهٔ مولی‌علیه را می‌کنند و خلاف آن نیاز به اثبات دارد.

در مورد اموال منقول، در قانون مدنی حکمی وجود ندارد. ولی به نظر می‌رسد که قید «مراعات مصلحت» در هر اقدامی که به نمایندگی انجام می‌شود باید رعایت گردد و از این حیث ولی قهری نیز با دیگران تفاوت ندارد، جز این که امارهٔ «رعایت غبطه» به سود او وجود دارد.

۲۶۴. آیا ولی قهری می‌تواند مال مولی‌علیه را وثیقهٔ دین خود قرار دهد؟

فرض مسأله این است که، اگر ولی قهری مدیون باشد، آیا می‌تواند به ولایت از سوی فرزند خود مال او را وثیقهٔ بدهی خود قرار دهد؟

در تأیید اختیار ولی، ممکن است گفته شود که، به موجب مادهٔ ۱۱۸۳ قانون مدنی: «در کلیهٔ امور مربوط به اموال و حقوق مالی مولی‌علیه ولی نمایندهٔ قهری او می‌باشد». پس، در این فرض خاص نیز حق دارد به نمایندگی از طرف مولی‌علیه مال او را به رهن دهد.

ولی، به این استدلال می‌توان پاسخ داد که نمایندگی ولی قهری تا جایی است که اقدام او برای رعایت «مصلحت» مولی‌علیه باشد و هیچ نماینده‌ای نمی‌تواند از اختیار خود به زیان موکل استفاده کند (مادهٔ ۶۶۷ ق.م.). ظاهر این است که ولیّ برخلاف مصلحت مولی‌علیه اقدامی نمی‌کند، ولی این ظهور در موردی است که طبیعت کار او به زیان مولی‌علیه نباشد. در فرض ما، که ولی قهری مال او را در معرض خطر فروش و تملک طلبکار خود قرار می‌دهد، طبیعت عمل حقوق ظاهر یاد شده را از بین می‌برد. پس، در صورتی رهن مال محجور امکان دارد که ولی قهری به دلایلی در دادگاه ثابت کند که رعایت مصلحت مولی‌علیه شده است.

۲۶۵. امکان قبول رهن برای طلب مولی‌علیه؛

قبول رهن بی‌گمان به سود مولی‌علیه است و به همین جهت ولی یا قیم می‌تواند به نمایندگی او مالی را به عنوان وثیقه بپذیرد. در فقه، رهن گرفتن برای تضمین وصول طلب یتیم صغیر را واجب می‌دانند. زیرا، بدین وسیله مال او، که باید به بهترین صورت اداره شود، مصون می‌ماند. به همین جهت، در قانون مدنی و امور حسبی، از این حیث محدودیتی برای ولی و قیم ایجاد نشده است.

باید دانست که پیش از اصلاح قانون ثبت در ۱۳۵۱، چون عقد رهن از سوی مرتهن نیز لازم می‌نمود، احتمال داشت که قبول وثیقهٔ کم‌بها به زیان مرتهن باشد. زیرا، به موجب این قانون، مرتهن باید تمام طلب خود را از مورد رهن استیفاء کند و نمی‌تواند برای آنچه باقی مانده است فروش سایر اموال مدیون را بخواهد. ولی، با اصلاح مادهٔ ۳۴ و افزودن تبصرهٔ ۶ به آن، امکان ضرری بودن اقدام ولی از بین رفته است، چراکه مرتهن می‌تواند از رهن اعراض کند.

مبحث دوم: مورد رهن

گفتار نخست: لزوم عین بودن مورد رهن

۲۶۶. مقصود از عین:

از تعریف بیع نیز چنین بر می‌آید که موضوع آن باید عین باشد (مادهٔ ۳۳۸ ق.م.). ولی، توضیح مواد ۳۵۰ و ۳۵۱ نشان می‌دهد که عین کلی نیز ممکن است موضوع خرید و فروش قرار گیرد. برای مثال، کشاورزی می‌تواند ده خروار گندم را به طور کلی بفروشد، هرچند که هیچ گندمی در انبار نداشته باشد.

برعکس، در رهن، هنگامی که گفته می‌شود موضوع آن باید عین باشد، مقصود عین معین است (مادهٔ ۷۷۴ ق.م.). زیرا، همان گونه که گفته شد عقد با قبض مورد رهن تمام می‌شود. پس، باید عین وجود خارجی داشته باشد و تنها در برابر منفعت قرار نمی‌گیرد[1]. بدین ترتیب، عین کلی در شمار دیون قرار می‌گیرد: بیع آن درست و رهن آن باطل است.

کلی در معین (مقدار معین به طور کلی از شیئی متساوی‌الاجزاء) نیز در حکم معین است و می‌تواند موضوع رهن قرار گیرد و قبض آن به یکی از دو صورت انجام می‌پذیرد:

۱. نتیجهٔ مهمی که از لزوم عین معین بودن مورد رهن گرفته می‌شود این است که باید هنگام وقوع عقد وجود خارجی داشته باشد و رهن مالی که در آینده به وجود می‌آید باطل است. پس میوه را، به عنوان عین نه «منفعت درخت»، وقتی می‌توان رهن داد که آن روئیده و بسته شده باشد و در عرف بتوان آن را موجود نامید.

۱) تسلیم تمام مالی که بخشی از آن وثیقه قرار گرفته است. ۲) انتخاب مقدار معین به وسیلهٔ راهن و تسلیم آن به مرتهن.

لزومی ندارد که عین مفروز باشد. مال مشاع نیز مورد رهن قرار می‌گیرد و قبض آن گاه با تسلیم تمام عین و گاه با تخلیهٔ راهن و برداشتن منع از سلطهٔ مرتهن است و در هر حال نسبت به درستی آن تردید نباید کرد.

از مفاد مادهٔ ۷۷۴ قانون مدنی، در این که موضوع رهن باید «عین معین» باشد چنین بر می‌آید که اموال غیرمادی، مانند حق تألیف و سرقفلی و مطالبات را نمی‌توان به رهن داد.

تنها پرسشی که باقی می‌ماند این است که، آیا ضرورتی دارد که ارزش عین به اعتبار جنس یا مادهٔ اصلی آن باشد یا آنچه را هم که دارای ارزش اعتباری یا نمایندهٔ مقداری ارزش است می‌توان به رهن داد؟ برای مثال، آیا وثیقه نهادن اسکناس یا اسناد در وجه حامل یا سهام بی‌نام شرکتها، به‌ویژه آنها که فروش ارزش مالیشان به طور مسلم امکان دارد، درست است یا باطل؟

در این مورد، قوانین و رویهٔ قضایی پاسخ قاطعی ندارد. ولی، به نظر می‌رسد که رهن این گونه اسناد درست است. زیرا، در دید عرف، ارزش موضوع آنها چنان با عین سند مخلوط شده است که انتقال و قبض اسناد به منزلهٔ انتقال و قبض اموال موضوع آنها است. پس، هیچ مانعی ندارد که عین این اسناد موضوع رهن قرار گیرد، همچنان که موضوع بیع نیز واقع می‌شود. برعکس، در مورد سهام و اوراق تجارتی با نام، چون در عرض عرف بین سند و موضوع آن یگانگی وجود ندارد، این گونه اسناد در حکم سند طلب است، ارزش محتوایی آن در زمرهٔ اموال غیرمادی است و رهن آنها با توجه به لزوم عین بودن وثیقه درست به نظر نمی‌رسد.

۲۶۷. بطلان رهن منفعت :

مادهٔ ۷۴۴ قانون مدنی، به پیروی از شهرت عظیم بین فقهاء، رهن منفعت را باطل دانسته است[۱]. در تأیید این نظر گفته شده است که، چون منفعت به تدریج از عین

۱. جمعی از فقهاء در این باره ادعای اجماع کرده‌اند (شهید ثانی، مسالک، ج ۲، ص ۱۲۷ ـ شیخ یوسف بحرانی، حدائق، ج ۵، چ سنگی، ص ۲۵۰ و ۲۵۱، چ سربی، ج ۲۰، ص ۲۴۶). ولی علامهٔ حلی در مختلف (ج ۲، ص ۲۴۵) وجود مخالفانی را برای بطلان رهن منفعت تأیید کرده است.

حاصل می‌شود و ایجاد هر جزئی از آن با اتلاف جزء پیشین آن ملازمه دارد، هیچگاه نمی‌توان تمام آن را به طلبکار تسلیم کرد: اگر دین مؤجل باشد، تا فرا رسیدن آن، منافع نیز از بین می‌رود و فایده‌ای از وثیقه نهادن آن به بار نمی‌آید و هرگاه دین حال باشد، به همان اندازه که پرداخت دین به تأخیر می‌افتد، مورد رهن نیز تلف می‌شود و وثیقه برای طلبکار ایجاد نمی‌کند. در حالی که هدف از رهن این است که در صورت پرداخت نشدن طلب از آن محل استیفاء شود. وانگهی، اگر قبض شرط صحت رهن باشد، چگونه می‌توان موجودی را که قبض و تلف آن همراه است، به قبض طلبکار داد.

این استدلال، با همهٔ شهرتی که میان نویسندگان دارد، مصون از انتقاد نمانده است: در رهن اعیان، لزومی ندارد که حق طلبکار از عین مال استیفاء شود. به طور طبیعی، دین از محل فروش عین مرهون یا بدل آن پرداخته می‌شود و این کار در مورد منافع نیز قابل اجرا است. زیرا، چه مانعی دارد که منافع به دیگران یا مرتهن واگذار شود و بهای آن وثیقهٔ طلب باقی بماند. قبض منفعت نیز با تسلیم عین به مرتهن امکان دارد. زیرا، مقصود از قبض استیلای شخص بر عین و در اختیار گرفتن صلاحیت انتفاع است که با تسلیم عین انجام می‌پذیرد، چنان که در اجاره نیز با تسلیم عین مورد اجاره، منافع نیز تسلیم شده محسوب است و بر همین مبنا موجر می‌تواند اجاره‌بهای تمام مدت را از مستأجر بگیرد.

بنابراین، حق این بود که نویسندگان قانون مدنی مجذوب نظر اکثریت قاطع نمی‌شدند و رهن منفعت را مجاز می‌شمردند.

در وضع کنونی نیز، راهن می‌تواند به مرتهن وکالت دهد که منافع را به دیگری انتقال دهد و عوض را به عنوان وثیقه نزد خود نگاه دارد. همچنین، امکان دارد منافع را به مرتهن انتقال دهد و شرط شود که اجاره‌بها نزد مرتهن وثیقه بماند و بدین وسیله نیاز به رهن منفعت به طور غیرمستقیم برآورده شود.

۲۶۸. بطلان رهن دین :

در تأیید بطلان رهن دین گفته شده است که، هدف از رهن این است که طلبکار به

وصول حق خود مطمئن شود و اگر نتواند آن را از بدهکار بگیرد از محل وثیقه استیفاء کند، پس چگونه می‌توان دینی را که وصول آن مورد تردید است وثیقهٔ دین دیگر قرار داد؟ وانگهی، در صورتی که قبض شرط صحت رهن باشد، دیگر رهن دین امکان ندارد. زیرا، دین یک امر کلی است که در عالم خارج وجود ندارد و آنچه مدیون تعیین می‌کند و به طلبکار می‌پردازد، در واقع مصداقی از آن مفهوم کلی است. از سوی دیگر، قبض نیز تنها در مورد اموال مادی و خارجی قابل اجراست. بنابراین، عقد رهن، به دلیل منوط بودن آن به قبض وثیقه، هیچگاه در مورد عین کلی و دیون تحقق نمی‌پذیرد و ویژهٔ اعیان خارجی است.

این استدلال و شاید شهرت علمی گویندگان آن نویسندگان قانون مدنی را قانع ساخته است که رهن دین را باطل بدانند و اعلام دارند که: «**مال مرهون عین معین باشد...**» (مادهٔ ۷۷۴ ق.م.)، در حالی که هم جامعهٔ کنونی نیاز شدید به رهن اعیان کلی و دیون دارد، هم مبانی استدلال مربوط به بطلان رهن به شدت مورد انتقاد است.

هدف از قبض در معاملات استیلای عرفی بر مورد آن و در رهن محفوظ ماندن وثیقه برای فروش احتمالی از سوی مرتهن است. این مفهوم با تسلیم سند طلب و توقیف آن نزد بدهکار تحقق می‌پذیرد و نیازی به قبض مصداق کلی نیز ندارد. وانگهی، اگر دین مورد وثیقه بر عهدهٔ مرتهن باشد، آیا باز هم می‌توان در قبض چنین وثیقه‌ای تردید کرد؟

بدین ترتیب، مادهٔ ۷۷۴ ق.م. نهادی است مزاحم و زیانبار که باید از پیکر نظام حقوقی کنونی زدوده شود.

آنچه در انتقاد از قانون مدنی گفته شد، در حل اشکال‌های کنونی گرهی را نمی‌گشاید: پس، باید این پرسش را پاسخ داد که در وضع کنونی قوانین چه راه‌حلی برای وثیقه نهادن دین، هرچند به طور غیرمستقیم باشد، وجود دارد؟

۱. یکی از راه‌های حقوقی که تاکنون از نظرها پوشیده مانده، استفاده از نهاد «معامله با حق استرداد» به جای رهن است. در معاملات شرطی، که به طور معمول به صورت بیع یا صلح انجام می‌شود، قبض شرط صحت نیست. از سوی دیگر، نتیجهٔ این گونه معاملات، که دیگر ویژهٔ املاک نیست و طبق مادهٔ ۳۴ قانون ثبت در اموال منقول نیز اجرا می‌شود، با رهن شباهت

کامل دارد: یعنی، خریدار شرطی، که در معنی همان طلبکار است، مال مورد انتقال را در هیچ شرایطی به موجب عقد تملک نمی‌کند و تنها می‌تواند با رجوع به ادارهٔ ثبت یا دادگاه تقاضای فروش مورد معامله و وصول طلب خود را بکند (مادهٔ ۳۴ ق.ث.). پس، طلبکاری که مایل به رهن طلب خویش است، می‌تواند آن را به طور شرطی و با حق استرداد به مرتهن انتقال دهد و از بابت آن اعتبار بگیرد. در نتیجه، هرگاه مبلغی را که به وام گرفته است نپردازد، خریدار شرطی (وام دهنده) حق دارد از محل مورد مطالبه پول خود را وصول کند.

۲. بدهکاری که طلب از او باید مورد وثیقه قرار گیرد، می‌تواند ضامن وام گیرنده شود، با این شرط که وام دهنده در صورتی به او رجوع کند که مدیون دین خود را نپردازد و ضمان باعث انتقال دین نشود، همچنین، با این شرط که دین از محل آن مال کلی پرداخته شود. زیرا در این صورت، ضامن باید مصداق تعیین شدهٔ دین را همچون وثیقه نزد خود نگاه دارد تا در صورت لزوم مورد استفادهٔ طلبکار قرار گیرد.

۳. بدهکار می‌تواند به بستانکار وکالت دهد تا طلب او را وصول کند و هرچه را به دست می‌آورد نزد خود به عنوان وثیقه نگاه دارد یا بابت طلب تملک کند[1].

گفتار دوم : مورد رهن باید ملک و قابل فروش باشد

۲۶۹. لزوم این شرط :

مقصود از رهن این است که طلبکار بتواند در صورت لزوم مورد رهن را بفروشد و از بهای آن طلب خود را بردارد. به همین جهت نیز در قانون مدنی آمده است که: «**اگر شرط شده باشد که مرتهن حق فروش عین مرهونه را ندارد باطل است**» (مادهٔ ۷۷۸). مالی که به ملکیت درنیامده (مانند زمین موات و آب مباح) یا از ملکیت خارج شده است (مانند مال وقف) یا قابلیت تملک را ندارد (مانند اموال عمومی و راهها) یا منفعت عقلایی و مشروع ندارد (مانند مواد مخدر ممنوع) نمی‌تواند موضوع رهن قرار گیرد، زیرا قابلیت فروش و تملک از سوی مرتهن را ندارد. مادهٔ ۷۷۳ قانون مدنی نیز در تأیید

۱. دکتر سید حسن امامی، ج ۲، ص ۳۳۱ و ۳۳۸.

همین مطلب مقرر می‌دارد: **«هر مالی که قابل نقل و انتقال قانونی نیست نمی‌تواند مورد رهن واقع شود».**

اکنون، این پرسش را باید مطرح کرد که، اگر مالی برحسب ذات خود و قواعد عمومی در زمرهٔ اموال قابل فروش باشد، ولی مقررات خاصی تا مدت معین حق انتقال را از مالک بگیرد، آیا می‌توان آن را رهن گذارد؟ برای مثال، اتومبیلی به شخص فروخته می‌شود و دولت، به منظور جلوگیری از بالا رفتن بهای آن و توزیع عادلانهٔ این کالا بین خواستاران، حق فروش اتومبیل را تا مدت پنج سال به موجب شرط یا قانون از خریدار سلب می‌کند. بی‌گمان، این اتومبیل را نمی‌توان به دیگری انتقال داد، ولی آیا مالک حق دارد آن را وثیقهٔ دیون خویش قرار دهد؟

تاکنون پاسخی به این پرسش داده نشده است، ولی به نظر می‌رسد که ممنوع بودن موقت از انتقال باعث بطلان رهن نشود. زیرا، نتیجهٔ این رهن مانند شرطی است که به موجب آن، هرگاه بدهکار در موعدمعین دین را نپردازد، طلبکار پس از پنج سال می‌تواند عین مرهون را بفروشد و در نفوذ این شرط تردید نباید کرد. با وجود این، هرگاه مدت ممنوع بودن انتقال رهن چندان طولانی باشد که در نظر عرف خاصیت وثیقه بودن را از دست بدهد، رهن باطل است. برای مثال، ملکی را که نود سال نمی‌توان فروخت، به رهن نیز نمی‌توان گذارد. به ویژه که در جدی بودن ارادهٔ طرفین در ایجاد وثیقه نیز تردید روا است.

۲۷۰. رهن مال غیر :

لزومی ندارد که مورد رهن ملک مدیون باشد. شخص ثالث می‌تواند به اذن و خواهش مدیون، یا بدون اذن او، مال خود را وثیقهٔ دین او قرار دهد. همچنین، می‌تواند مال خود را به مدیون دهد تا رهن دین خویش بگذارد. در این صورت، هرگاه دین به هنگام پرداخته نشود، طلبکار حق پیدا می‌کند تا درخواست فروش آن مال را از مقام‌های عمومی بکند، ولی نمی‌تواند به سایر اموال مالک رجوع کند.

دربارهٔ ماهیت حقوقی این رابطه، به ویژه در جایی که مال غیر از سوی مدیون و به اذن او رهن داده می‌شود، بین نویسندگان اختلاف است: بیشتر فقهای امامیه آن را عاریهٔ

مال غیر برای رهن دادن تحلیل کرده‌اند و «رهن مستعار» نامیده‌اند[۱]. ولی، تفاوتهای اساسی بین عاریه و رابطهٔ مدیون و مالک پذیرفتن این نظر را دشوار می‌سازد. زیرا، چگونه ممکن است عمل حقوقی را که بر مبنای آن متصرف عین متعلق به دیگری را در معرف تلف قرار می‌دهد و مالک نیز حق بر هم زدن رهن را ندارد عاریه نامید. پس، بهتر است گفته شود که مالک یا به طور مستقیم ضامن بدهکار می‌شود یا به او وکالت می‌دهد که این ضمان را به نیابت انجام دهد. منتها، چون محل این ضمان از مال معینی مقرر می‌شود و بستانکار بر آن مال حق عینی پیدا می‌کند، عمل حقوقی را «رهن مال غیر» یا «ضمان عینی» گفته‌اند.

۲۷۱. فساد موضوع رهن در اموالی که به طور متعارف باقی می‌ماند :

در این فرض، موضوع رهن در زمرهٔ اموالی نیست که به طور معمول فاسد می‌شود، ولی در اثر حوادثی مانند سرمای شدید و نامتعارف یا سیل یا وجود عیبی در ساختمان آن، پس از عقد رو به فساد می‌رود. به همین جهت، حتی کسانی که بطلان رهن را در صورت سکوت طرفین یا شرط نفروختن مورد رهن پیش از اجل باطل می‌دانند، در این فرض اعتقاد دارند که باید عین مشرف به فساد فروخته شود و بهای آن به عنوان وثیقه نگاهداری گردد[۲].

دلیل واقعی تفاوت این فرض با موردی که موضع رهن بر حسب طبیعت خود به سرعت فاسد شدنی است، در این نکته خلاصه می‌شود که، هرگاه فساد عارضی پیش‌بینی نشده باشد، در ارادهٔ واقعی طرفین نسبت به وقوع رهن تردید روا نیست. وانگهی، موضوع رهن در زمان انعقاد شرایط لازم را داراست. بدین ترتیب، آگاه ساختن راهن از شروع به فساد از لوازم تکلیف مربوط به نگاهداری عین است که مرتهن بر عهده دارد و به همین جهت کوتاهی در این راه برای او ایجاد مسؤولیت می‌کند.

۱. فاضل مقداد، کنز العرفان، ج ۲، ص ۶۴ ـ شهید ثانی، مسالک، ج ۱، ص ۲۳۴ ـ محمد حسین آل کاشف الغطاء، تحریر المجلة، ج ۲، ص ۳۰۷ ـ در تذکرهٔ علامهٔ حلی آمده است: هل یکون سبیل هذا العقد سبیل العاریة او الضمان؟ الحق عندنا الاول» (ج ۲، ص ۱۴).

۲. علامهٔ حلی، تذکره، ج ۲، ص ۱۹ ـ شیخ محمد حسن نجفی، جواهرالکلام، ج ۲۵، ص ۱۳۸.

۲۷۲. توابع عین مرهون :

شرایطی که در موضوع رهن گفته شد در مورد توابع آن ضرورت ندارد، زیرا این اموال و حقوق در نظر دو طرف جنبهٔ فرعی دارد و گاه نیز به آن توجه ندارند. بدین ترتیب، حق ارتفاقی که به طور مستقل نمی‌توانست موضوع رهن قرار گیرد، احتمال دارد به عنوان تابع جزو رهن باشد. همچنین است منافع متصل به رهن.

قانون مدنی، در مورد تمیز توابع رهن، عرف و عادت را معیار قرار داده است، و از همان قواعدی پیروی می‌کند که در بیع گفته شد. مادهٔ ۷۸۵ در این باره اعلام می‌کند: «هر چیزی که در عقد بیع بدون قید صریح به عنوان متعلقات جزء مبیع محسوب می‌شود در رهن نیز داخل خواهد بود».

نسبت به ثمره و منافع رهن، مادهٔ ۷۸۶ می‌افزاید: «ثمرهٔ رهن و زیادتی که ممکن است در آن حاصل شود، در صورتی که متصل باشد، جزو رهن خواهد بود و در صورتی که منفصل باشد متعلق به راهن است، مگر اینکه ضمن عقد بین طرفین ترتیب دیگری مقرر شده باشد».

بدین ترتیب، با این که منافع عین مرهون به راهن تعلق دارد، آنچه به وجود می‌آید و متصل به عین است، مانند درختی که در آن بروید، خود به خود و بدون نیاز به تصریح رهن است. ولی، ثمرهٔ منفصل، مانند بچهٔ حیوان و تخم‌مرغ و میوهٔ درخت، وثیقه نیست مگر این که تصریح شود.

مبحث سوم: شرایط حقی که برای آن رهن داده می‌شود

۲۷۳. تعداد این شرایط :

به موجب مادهٔ ۷۷۵ قانون مدنی: «برای هر مالی که در ذمه باشد ممکن است رهن داده شود، ولو عقدی که موجب اشتغال ذمه است قابل فسخ باشد». از این ماده دو شرط مهم برای حقی که به منظور تضمین آن رهن داده می‌شود به دست می‌آید: ۱) حق باید چهرهٔ مالی داشته باشد ۲) حق باید در ذمه باشد، بدین معنی که شخص باید در برابر دیگری مدیون باشد تا بتوان برای ایجاد اطمینان در طلبکار مالی را به رهن داد.

از همین جا است که می‌گویند رهن عقد تبعی است و در صورتی اعتبار دارد که مسبوق به دین باشد. پس، سومین شرط نیز به دست می‌آید و بدین‌گونه خلاصه می‌شود که: ۳) «دین باید پیش از رهن وجود داشته باشد».

از سوی دیگر، هدف از رهن این است که طلبکار بتواند، با استفاده از حق عینی که بر موضوع آن دارد، طلب خود را وصول کند. پس، ۴) موضوع دین از دیدگاه طرفین باید جنبهٔ کلی و مثلی داشته باشد تا طلبکار بتواند از محل بهای مورد رهن به آن برسد.

اکنون، این چهار شرط را، که امکان ادغام پاره‌ای از آنها در یکدیگر نیز هست ولی از نظر تعلیم بهتر تحلیل آنها ضرورت دارد، جداگانه مورد بررسی قرار می‌دهیم:

۲۷۴. مالی بودن حق :

لزوم مال بودن حق نتیجهٔ این قاعدهٔ کلی است که امور عاطفی و اخلاقی را با پول

نمی‌توان مبادله کرد. صاحب حقی که جنبهٔ مالی ندارد و در بیشتر موارد نیز با تکلیف آمیخته است (مانند ولایت و حضانت) توانایی استیفای آن را از محل بهای عین مرهون ندارد. وثیقه و دین باید از یک سنخ باشد تا طلبکار با حبس وثیقه اطمینان یابد که به حق خویش می‌رسد. پس، وثیقهٔ مالی برای حقی به رهن گذارده می‌شود که جنبهٔ مالی داشته باشد.

ممکن است ایراد شود که، اگر حقوق غیرمالی را نتوان با پول مبادله کرد، چگونه است که خسارات معنوی به پول جبران می‌شود و چرا وثیقهٔ مالی نمی‌تواند برای اجرای حقوق غیرمالی به رهن داده شود؟ ولی، در پاسخ این ایراد و پرسش باید گفت که تبدیل خسارات معنوی به پول یک ضرورت و استثناء است و به همین جهت بسیاری از محققان آن را نوعی مجازات مدنی دانسته‌اند.

۲۷۵. قرار گرفتن بر ذمه :

از این شرط دو نتیجهٔ مهم گرفته‌اند و درستی هر دو نتیجه نیز مورد گفتگو است:

۱. **رهن در برابر اعیان درست نیست**: در مورد اعیانی که ضمان تلف آنها بر عهدهٔ متصرف قرار نمی‌گیرد (غیرمضمونه)، مانند مورد ودیعه و عاریه، هیچ اختلافی نیست[1]. زیرا، هیچ دینی از این رهگذر بر ذمهٔ امین قرار نمی‌گیرد. درست است که هرگاه امین در نگاهداری مرتکب تعدی و تفریط شود مسؤول تلف مال است، لیکن پیش از این تقصیر دینی بر عهده ندارد تا بتوان برای آن رهن گرفت. امین باید عین را به صاحب آن بازگرداند، ولی این تعهد نیز که موضوع بی‌واسطه و مستقیم آن عین مورد امانت است، از محل وثیقه قابل استیفاء نیست.

برعکس، در مورد رهن برای اعیان مضمونه، مانند مال مغصوب و عاریه مضمونه (طلا و نقره)، نویسندگان یکسان نمی‌اندیشند: گروهی این رهن را باطل می‌دانند، بدین

۱. شیخ محمد حسن نجفی، جواهرالکلام، ج ۲۵، ص ۱۴۳ ـ سید محمد جواد عاملی، مفتاح‌الکرامة، ج ۵، ص ۱۳۲ ـ علامهٔ حلی، تذکره، ج ۲، ص ۲۲ ـ فاضل مقداد، کنز العرفان، ج ۲، ص ۶۴ ـ سبزواری، کفایة الاحکام، ص ۱۰۸ ـ با وجود این، برای دیدن نظر مخالف: محمد محسن فیض کاشانی، مفاتیح الشرایع، ج ۳، ص ۱۳۷ ـ میرزای قمی، جامع الشتات، ص ۲۰۷ که اعتقاد دارد: «اگر دعوی اجماع نبود، در امانت هم قائل می‌شدیم، یعنی رهن بگیرد که اگر تعدی و تفریط کند تدارک آن از این رهن کرده شود».

ادعا که رهن ویژهٔ دیون است و در اعیان راه ندارد و استیفای آن از محل وثیقه ممکن نیست[۱]. جمع دیگر، به حق دریافته‌اند که ضمان مثل یا قیمت مال خود دینی است که پیش از تلف نیز بر عهدهٔ متصرف قرار می‌گیرد و این دین نیز از محل وثیقه قابل استیفاء است و تفاوت آن با اعیان غیرمضمونه در این است که سبب ضمان در فرض اخیر وجود دارد و منوط به ارتکاب تعدی و تفریط از سوی متصرف نیست[۲].

۲. **رهن برای دین آینده امکان ندارد:** در این باره، هرگاه رهن برای دینی داده شود که هنوز سبب آن نیز به وجود نیامده است، مانند رهن برای وامی که خواهد گرفت یا ثمن معامله‌ای که خواهد کرد، بی‌گمان رهن باطل است. زیرا، رهن عقد تبعی است که برای وثیقه دادن در برابر دین انجام می‌شود. پس، اگر دینی وجود نداشته باشد، عقد رهن فاقد مبنا و هدف است.

لیکن، جایی که سبب دین به وجود آمده و هنوز ثابت در ذمه نشده است چنین اتفاقی وجود ندارد و اعتبار رهن در برابر چنین دینی را در شرط سوم بررسی خواهیم کرد:

۲۷۶. وجود پیش از رهن؛ دین معلق :

از تعریف رهن (مادهٔ ۷۷۱) و مفاد مادهٔ ۷۷۵ ق.م. چنین بر می‌آید که باید دین پیش از رهن وجود داشته باشد و نمی‌توان مالی را برای آینده رهن گذارد. تنها پرسشی که باقی می‌ماند این است که، آیا دین معلق یا دینی که سبب آن وجود آمده و هنوز ثابت بر ذمه نشده است، در زمرهٔ دیون آینده است یا وجود مستقلی دارد که می‌تواند به وسیلهٔ رهن تضمین شود؟

دربارهٔ رابطهٔ دین معلق و دینی که سبب آن ایجاد شده است، و همچنین دربارهٔ معنی

۱. از نویسندگان حقوق مدنی: دکتر سید حسن امامی، ج ۲، ص ۳۵۲ ـ دکتر جعفری لنگرودی، رهن ـ صلح، ش ۵۳، ولی عقد را به استناد مادهٔ ۱۰ قانون مدنی، در صورتی که به شکل معاملهٔ با حق استرداد واقع شود، نافذ می‌داند.

۲. شهید ثانی، مسالک، ج ۲، ص ۲۲۸ ـ شیخ محمد حسن نجفی، جواهرالکلام، ج ۲۵، ص ۱۴۳ به‌بعد و نتیجهٔ بحث در ص ۱۴۵ ـ علامهٔ حلی، تذکره، ج ۲، ص ۲۲ ـ محقق ثانی، جامع‌المقاصد، ج ۱، ص ۲۸۰ و ۲۸۱.

«سبب حقوقی» و دلیل آثاری که بر این گونه دیون بار می‌شود، در ضمان (ش ۱۲۰ به بعد) توضیح کافی داده شد و نیازی به تکرار آن نیست. فقط می‌توان افزود که در حقوق کنونی نمی‌توان وجود دین معلق را به‌کلی نادیده گرفت و آثار ناشی از رابطهٔ حقوقی را در این مرحله انکار کرد. وجود این دین ناتمام چنان محسوس و مؤثر است که به میراث می‌رسد و مورد انتقال قرار می‌گیرد. پس، چرا نباید به وسیلهٔ ضمان یا رهن برای صاحب آن تضمین شود[1]؟

بنابراین، بانکها می‌توانند، پس از دادن اعتبار، از مشتریان خود برای تضمین مبالغی که آن مشتری از محل اعتبار وام می‌گیرد وثیقه بگیرند و قراردادی که در این زمینه بسته می‌شود تابع عقد رهن است. زیرا، پیمان مربوط به اعطای اعتبار خود سبب دین مشتری و مبنای تعهد او به بازگرداندن وام است و شرط تحقق این دین و ثبوت آن بر ذمهٔ مشتری استفاده از اعتبار مورد توافق است. همچنین، دادن رهن به عنوان تضمین حسن اجرای قرارداد، بدین معنی که هرگاه مدیون از اجرای تعهد خویش امتناع ورزد از آن محل وسیلهٔ اجرای تعهد فراهم آید، درست است. ولی، دادن وثیقه برای جبران خسارات ناشی از عهدشکنی، بر این مبنا که مسؤولیت مربوط به جبران این خسارت بدل تعهد اصلی نباشد، تابع احکام رهن نیست و باید بر طبق مادهٔ ۱۰ قانون مدنی بررسی شود.

۲۷۷. امکان استیفای دین از رهن :

هدف از رهن این است که در صورت لزوم طلبکار بتواند از محل وثیقه به حق خویش، یا دقیق‌تر بگوئیم، به مثل آن برسد. پس، وجود حق و قابل فروش بودن عین مرهون کافی نیست؛ باید دین از محل فروش وثیقه قابل استیفاء باشد، زیرا همه چیز به ارتباط دو شرط نخست بستگی دارد و بدون این ارتباط طلبکار از وثیقه گرفتن طرفی نمی‌بندد. برای مثال، اگر حق مالی که بر ذمهٔ مدیون قرار گرفته است از اموری باشد که به شخصیت و مهارتهای ویژهٔ او بستگی دارد و با صرف هیچ هزینه‌ای نتوان بدل مطلوب

[1]. برای دیدن نظر مخالفان و نقد استدلال‌ها، رک. عقود معین، ج ۴، ش ۳۶۷.

آن را برای صاحب حق تهیه کرد، از رهن چه سودی عاید می‌شود و کدام وثیقه به وجود می‌آید؟ بی‌گمان حبس مال بدهکار می‌تواند وسیلهٔ فشار مادی و معنوی بر او شود و نوعی اجبار غیرمستقیم به شمار آید. ولی، هدف رهن ایجاد چنین فشارها یا گروکشی نیست و اگر حبس مال نیز نوعی وثیقهٔ عینی به شمار آید، قواعد حاکم بر آن تابع رهن نیست و باید بر طبق مادهٔ ۱۰ قانون مدنی بررسی و تعیین شود.

آنچه گفته شد از ملاک مواد ۲۳۸ و ۲۳۹ قانون مدنی نیز به خوبی بر می‌آید. زیرا، نشان می‌دهد که عهدشکنی در تعهدهای قائم به شخص ضمانت اجرایی جز فسخ معامله ندارد و نمی‌توان به خرج ملتزم موجبات انجام دادن آن فعل را فراهم آورد و بر مبنای همین نظر است که فقهای امامیه رهن گرفتن برای انجام کار در اجیر خاص را باطل و رهن در برابر کاری را که به ذمه تعلق می‌گیرد و هدف انجام آن است (اجیر عام) نافذ می‌شمارند. همچنین است در منافع عین و برای مدت معین که با انقضای زمان تلف می‌شود و نمی‌توان از رهن استیفاء کرد (مادهٔ ۴۸۳ ق.م.).

۲۷۸. نتیجه :

از آنچه گفته شد چنین بر می‌آید که، از حیث شرایط دین یا حق، بین ضمان و رهن تفاوتی وجود ندارد: یعنی، هر حقی را که بتوان به موجب عقد ضمان بر عهده گرفت، برای توثیق آن رهن نیز می‌توان داد. منطق نیز چنین حکم می‌کند، زیرا دینی را که بتوان به عنوان رابطهٔ حقوقی موجود بر عهده گرفت، بر عین مرهون نیز قابل تحمیل است و منع عقلی ندارد. از نظر قانونی نیز آنچه در لزوم ثبوت مال بر ذمهٔ مدیون گفته شده است قاطع به نظر نمی‌رسد. پس، چه بهتر که این دو نهاد حقوقی، که در بسیاری موارد نیز هدف مشترک دارد (ایجاد وثیقه) تابع احکام یکسان شود و نیازهای جامعهٔ کنونی نیز در تفسیر قواعد مورد توجه قرار گیرد.

فصل سوم

آثار رهن

۲۷۹. آثار رهن در رابطهٔ طلبکار و راهن و نسبت به اشخاص ثالث:

با این که عقد رهن بین طلبکار و راهن واقع می‌شود و باید آثار آن محدود به دو طرف عقد باشد، چون برای طلبکار نسبت به عین مرهون ایجاد حق عینی می‌کند، این آثار محدود به رابطهٔ قراردادی نمی‌شود: عقد رهن باعث می‌شود تا مرتهن نسب به مورد رهن حق تعقیب پیدا کند و بتواند در برابر اشخاص ثالث نیز به این حق استناد جوید و احترام به آن را از همگان بخواهد. همچنین، عقد رهن برای مرتهن در برابر سایر طلبکاران مدیون «حق تقدم» به وجود می‌آورد: بدین معنی که مرتهن، در استیفای طلب خود از مورد رهن، بر دیگر طلبکاران رجحان پیدا می‌کند و حتی در مورد ورشکستگی تاجر نیز این حق رعایت می‌شود.

بنابراین، آثار رهن را باید در دو مبحث جداگانه بررسی کرد:

۱. مبحث اول به آثار رهن در روابط راهن و مرتهن اختصاص دارد و در آن از حقوق و تکالیف دو طرف در برابر یکدیگر گفتگو می‌شود.

۲. در مبحث دوم آثار رهن و امتیازهای مرتهن در برابر دیگران بررسی می‌گردد.

مبحث اول : آثار رهن در رابطهٔ قراردادی

۲۸۰. تحلیل بحث :

در قراردادها، حقوق و تکالیف هریک از دو طرف متقابل است، بدین معنی که حق هر طرف با تکلیف دیگری همراه است. برای مثال، اگر راهن مکلف است که هزینهٔ نگاهداری عین مرهون را بدهد، در برابر این تکلیف، مرتهن حق دارد که این هزینه را از او مطالبه کند. بنابراین، مقصود از بحث دربارهٔ حقوق و تکالیف راهن و مرتهن، در واقع بحث از آثار رهن از دو دیدگاه مختلف است و دو عنوان مستقل نیست. با وجود این، چون این رسم از نظر آموزشی مفید به نظر می‌رسد، ما نیز آن را دنبال می‌کنیم و حقوق تکالیف راهن و مرتهن را در دو گفتار جداگانه مطرح می‌سازیم :

گفتار نخست : حقوق و تکالیف راهن

۲۸۱. بقای حق مالکیت عین و منفعت :

عقد رهن از اختیار مالک در تصرف در مورد رهن می‌کاهد، ولی حق مالکیت را از بین نمی‌برد. راهن همچنان مالک عین مرهون است و، به تبع این حق، منافع مورد رهن از آن او است. مرتهن حق استعمال یا انتفاع از این مال را پیدا نمی‌کند و می‌توان حق او را به «حق نگاهداری» و «حق استیفاء طلب» تعبیر کرد که حق نخست نیز مقدمهٔ حق دوم است. بنابراین، هیچ شاخه‌ای از مالکیت عین مرهون به مرتهن منتقل نمی‌شود. این است که مادهٔ ۸۷۶ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «**ثمرهٔ رهن و زیادتی که ممکن است در**

آن حاصل شود، در صورتی که متصل باشد، جزء رهن خواهد بود، و در صورتی که منفصل باشد متعلق به راهن است...».

در واقع، هر دو ثمرهٔ (متصل و منفصل) به مالک آن تعلق دارد، منتها ثمرهٔ متصل از توابع رهن و ثمرهٔ منفصل آزاد است.

۲۸۲. محدود شدن اختیار تصرف :

حمایت از حق عینی مرتهن ایجاب می‌کند که مالک نتواند آزادانه در مال خود تصرف کند. ولی، در این که حدود این اختیار چیست و تا چه اندازه از حق تصرف مالک کاسته می‌شود، نظرها یکسان نیست[1]:

قانون مدنی، مبنای تصرف‌های مجاز را با هم مخلوط کرده است. در مادهٔ ۷۹۴ آمده است که: **«راهن می‌تواند در رهن تغییراتی بدهد یا تصرفات دیگری که برای رهن نافع باشد و منافی حقوق مرتهن هم نباشد به عمل آورد، بدون اینکه مرتهن بتواند او را منع کند. در صورت منع اجازه با حاکم است»** و مادهٔ ۷۹۳ مقرر می‌دارد: **«راهن نمی‌تواند در رهن تصرفی کند که منافی حق مرتهن باشد، مگر به اذن مرتهن»**[2].

بدین ترتیب، در مادهٔ ۷۹۴ شرط نفوذتصرفات راهن، نافع بودن برای رهن و منافی نبودن با حقوق مرتهن است و شامل تصرفی که نفعی برای رهن ندارد ولی با حقوق مرتهن هم متعارض نیست نمی‌شود. ولی مفاد مادهٔ ۷۹۳ این گونه تصرفات را مباح می‌داند و دلیل منع راهن تنها تنافی با حقوق مرتهن است. برای مثال، اگر پرسیده شود که آیا راهن می‌تواند در عین مرهون سکونت یا زراعت کند، دو پاسخ گوناگون از این دو ماده به دست می‌آید، زیرا این گونه تصرفات برای رهن نافع نیست.

برای جمع دو ماده، باید یکی از این دو راه را برگزید:

۱) از لحن مادهٔ ۷۹۴ چنین بر می‌آید که مقصود تصرفهای مادی است و تنها با این

۱. برای دیدن تفصیل این نظرها در فقه، رک. عقود معین، ج ۴، ش ۳۷۴.

۲. باید دانست که مفاد این دو ماده یکی از احتمال‌هایی است که فقهاء داده‌اند و در واقع از فروعات نظر، مشهور بین فقها است.

تعبیر است که می‌توان دو حکم مادهٔ ۷۹۳ و ۷۹۴ را به عنوان عام و خاص با هم جمع کرد.

۲) مادهٔ ۷۹۳ مفهوم مخالف ندارد: بدین معنی که، بدین وسیله قانونگذار خواسته است تصرفهای منافی با حق مرتهن را منع کند، بدون این که مقصود اباحهٔ سایر تصرفات راهن باشد. مفاد مادهٔ ۷۹۴ این اجمال را از بین می‌برد و، گذشته از شرط منافی نبودن با حقوق مرتهن، نافع بودن به حال رهن را نیز می‌افزاید.

راه حل نخست با ظاهر مواد و راه حل دوم با نظر مشهور در فقه منطبق‌تر است و رویهٔ قضایی هنوز یکی از آن دو را به طور قاطع نپذیرفته است. ولی، بیشتر نویسندگان حقوقی، بدون این که به تعارض و راه حل آن بیندیشند، راه حلی را برگزیده‌اند که به موجب آن تنها اضرار به مرتهن مانع تصرف راهن می‌شود[1]. پیشنهاد ما نیز این است که نخستین راه حل، که با ساختمان حقوقی رهن و مصالح اجتماعی سازگارتر است و با احکام شرع نیز تعارض ندارد، پذیرفته شود.

اکنون، بر مبنای این نظر، باید پاره‌ای از مهم‌ترین انواع تصرفهای راهن را بررسی کرد.

۲۸۳. تصرف ناقل مالکیت :

در نافذ نبودن تصرف ناقل مالکیت، مانند بیع و هبه و صلح، بین فقهای امامیه کمتر اختلاف شده است و حتی بیشتر کسانی هم که معیار جلوگیری از تصرفات راهن را «دفع اضرار» به مرتهن دانسته‌اند در این باره تردید ندارند، گویی که در مضر بودن این گونه تصرفها نباید تردید کرد[2]. نویسندگانی از حقوق مدنی هم که خواسته‌اند این منع را تعدیل کنند، گفته‌اند که، اگر راهن با حفظ حقوق مرتهن مورد رهن را انتقال دهد، عقد

۱. مصطفی عدل، حقوق مدنی، ش ۸۲۱ ـ دکتر سید حسن امامی، ج ۲، ص ۳۶۸ تا ۳۷۰ ـ دکتر جعفری لنگرودی، رهن ـ صلح، ش ۱۴۴ و ۱۴۵ ـ دکتر سید حسین صفایی، دورهٔ مقدماتی حقوق مدنی، ج ۲، ص ۴۵۰ و ۴۵۱ ـ و برای دیدن نظر مخالف که با نظر مشهور در فقه انطباق بیشتری دارد، رجوع شود به: محمد بروجردی عبده، ص ۴۰۵ و ۴۰۶.

۲. در مستند نراقی (ج ۲، ص ۳۷۴) از مقدس اردبیلی نقل شده که بیع راهن را در همه حال درست دانسته است ـ در تأیید این نظر، رک: سید محسن حکیم، نهج‌الفقاهة، ص ۳۸۷.

نافذ است زیرا با حقوق او تعارضی ندارد، ولی، هرگاه انتقال بدون قید انجام پذیرد، زیانبار و غیرنافذ است[۱].

این نظر، با همهٔ شهرتی که پیدا کرده است، بر مبنای حفظ مالکیت راهن و جلوگیری از ضرر مرتهن (مادهٔ ۷۹۳ ق.م.) قابل انتقاد به نظر می‌رسد. زیرا، حق مرتهن بر عین مرهون یک حق عینی است و یکی از نتایج عینی بودن حق این است که در برابر همه کس قابل احترام و استناد است و اعتبار آن محدود به رابطهٔ راهن و مرتهن نیست. به بیان دیگر، مرتهن دربارهٔ استیفای طلب خود از مورد رهن حق تعقیب دارد و می‌تواند این حق را در برابر خریدار یا متهب مال نیز اعمال کند و با انتقال از بین نمی‌رود.

از سوی دیگر، چون حق عینی مرتهن پیش از انتقال به سود او ایجاد شده است، مالک و خریدار نمی‌توانند به تراضی آن را از بین ببرند: حق مرتهن با ملک است و در دست هر که باشد تفاوت نمی‌کند. پس، برای نفوذ عقد نیازی به قید «حفظ حقوق مرتهن» نیست، زیرا به حکم قانون حق او مقدم بر خریدار است. مالک بیش از آنچه دارد نمی‌تواند به خریدار منتقل کند. حق مالکیت در این فرض با تحمیل مربوط به حق عینی مرتهن همراه است. در نتیجه، مال با همان قید منتقل می‌شود و تصریح مالک، جز آگاه ساختن خریدار و جلوگیری از فسخ آیندهٔ بیع، اثری ندارد و چیزی بر آنچه هست نمی‌افزاید. بنابراین، چرا باید انتقال مورد رهن در هر حال مضر به حال مرتهن تلقی شود یا نفوذ بیع موکول به قید حفظ حقوق بستانکار (مرتهن) شود؟

در مورد اموال منقول، که کالای مورد خرید و فروش دست به دست می‌گردد و سرعت گردش آن زیاد است، احتمال دارد که انتقال مال وجود و سلامت آن را در معرض خطر قرار دهد. مرتهن، در نتیجهٔ اعتمادی که به راهن داشته است، از ادامهٔ قبض چشم پوشیده و آن را به او باز می‌گرداند، ولی این اعتماد را به هر خریدار ناشناس ندارد؛ خریداری که به آسانی می‌تواند عین مرهون را پنهان یا تلف کند یا چندان موضوع انتقال‌های گوناگون قرار دهد که مرتهن نتواند به آن دسترسی پیدا کند. پس، به اعتبار این خطرهای مختلف، انتقال با طبیعت وثیقه منافات دارد. ولی، در مورد املاک، که نه ملک را می‌توان پنهان کرد نه محل آن را تغییر داد و حق مرتهن نیز به طور معمول در دفتر املاک ثبت می‌شود و در برابر خریدار احتمالی قابل استناد است، چرا باید

۱. دکتر سید حسن امامی، همان کتاب.

این تصرف را به زیان مرتهن پنداشت و در نفوذ آن تردید کرد؟

مفاد مواد قانون آئین دادرسی مدنی در رهن قضایی (مالی که به سود طرف دعوی توقیف شده است) و به ویژه لحن مادهٔ ۳۴ مکرر اصلاح شده در ۵۱/۱۰/۱۸ از قانون ثبت و مفاد مادهٔ ۲۲۹ قانون امور حسبی، که تصرفات ناقل ورثه را، بدون اجازه بستانکاران، در ترکه (وثیقه عمومی طلبکاران) نافذ نمی‌داند و شهرت میان فقهای امامیه، این نظر را تقویت می‌کند که راهن حق انتقال مورد رهن را بدون اذن مرتهن به دیگری ندارد. معامله‌ای که بدین ترتیب انجام می‌شود، خواه مطلق یا با قید حق مرتهن باشد، در حکم فضولی است و اجازهٔ مرتهن آن را از هنگام عقد تنفیذ می‌کند، ولی به معنی انصراف از رهن نباید انگاشته شود، زیرا هیچ تعارض بین نفوذ معامله و باقی ماندن وثیقه وجود ندارد. همچنین باید دانست که، هرگاه طلب مرتهن پرداخته شود، مورد رهن آزاد خواهد شد و دیگر برای نفوذ بیع نیازی به اذن مرتهن ندارد و مفاد مادهٔ ۷۹۳ ناظر به بقای رهن و وجود مانع در راه نفوذ عقد است.

۲۸۴. اجاره، زراعت و سکونت در مورد رهن :

در مورد اجاره دادن مورد رهن، شهرت نظری که آن را موقوف به رضای مرتهن می‌کند به اندازهٔ تصرف ناقل نیست. پس به عنوان ضابطه می‌توان گفت، اجاره‌ای که از رغبت خریداران و بهای مال می‌کاهد، به زیان مرتهن و ممنوع است. تمیز این که آیا اجاره به زیان مرتهن است یا به سود او، بر مبنای قوانین موجر و مستأجر، با دادگاه است.

زراعت در زمین مورد رهن و سکونت در خانه‌ای که وثیقه‌گذارده شده است به طور معمول زیانی برای مرتهن به بار نمی‌آورد. با وجود این، هرگاه زراعت از رغبت خریدار بکاهد (مانند زمینی که آمادهٔ ساختمان و در محلهٔ مسکونی است)، بدون رضای مرتهن مجاز نیست. بنابراین، در صورتی که موعد دین فرا رسد و مرتهن وجود زرع را مانع از فروش ملک بیابد، می‌تواند قلع آن را بخواهد[1].

۱. علامهٔ حلی در تحریر الاحکام (ص ۲۱۰)، غرس درخت از سوی راهن و سکونت او را در عین مرهون ممنوع کرده است.

۲۸۵. دادن رهن به امین در صورت فوت مرتهن :

عقد رهن به فوت یکی از دو طرف منحل نمی‌شود (مادهٔ ۷۸۸ ق.م.) و حقوق و تکالیف متوفی به ورثهٔ او منتقل می‌شود ولی، دربارهٔ ادامهٔ قبض مورد رهن از سوی مرتهن، دو تحلیل گوناگون ممکن است بشود:

۱. چون استمرار قبض شرط صحت رهن نیست، راهن تکلیفی نداردکه مورد رهن را همچنان در تصرف مرتهن باقی گذارد. اگر در عقد چنین شرطی آمده باشد، پای‌بند به آن است، وگرنه متصرف عین مرهون باید به تراضی معین شود. بنابراین، اگر به حکم شرط یا تراضی بعدی عین مرهون در تصرف مرتهن باقی بماند، این تصرف ناشی از ودیعه یا وکالتی است که بین طرفین منعقد شده و به موجب آن مرتهن از عین نگاهداری می‌کند[1].

۲. وضع ید مرتهن بر مورد رهن از لوازم عقد رهن است، حقی که نمی‌توان از او گرفت. بنابراین، عنوان مرتهن در قبض و نگاهداری مورد رهن وکالت از سوی راهن نیست، حقی است که در نتیجهٔ رهن به او تعلق می‌گیرد و عنوان نمایندگی ندارد[2].

بر مبنای نظر نخست، هرگاه مال در دست مرتهن باشد و فوت کند، ودیعه یا وکالتی که مبنای سلطهٔ او بر عین مرهون بوده است از بین می‌رود، و راهن می‌تواند از دادگاه بخواهد که مورد رهن را به امین دیگری بسپارد. همچنین است در صورتی که راهن بمیرد، زیرا وارثان او پای‌بند به وکالت یا ودیعهٔ مورث خود نیستند. برعکس، بر مبنای تحلیل دوم، حق قبض نیز به تابعیت حق رهن به وارثان مرتهن منتقل می‌شود و راهن نمی‌تواند به بقای آن اعتراض کند.

قانون مدنی در مورد فوت مرتهن نظر نخست را برگزیده است و در دنبالهٔ مادهٔ ۷۸۸ مقرر می‌دارد: «... **ولی در صورت فوت مرتهن راهن می‌تواند تقاضا نماید، که رهن به تصرف شخص ثالثی که به تراضی او و ورثه معین می‌شود داده شود - در صورت عدم**

۱. شهید ثانی، مسالک، ج ۱، ص ۲۳۱ ـ علامهٔ حلی، تذکره، ج ۲، ص ۴۰.
۲. شیخ محمد حسن نجفی، جواهرالکلام، ج ۲۵، ص ۱۹۳.

تراضی شخص مزبور از طرف حاکم معین می‌شود»[1]. در مادهٔ ۷۸۸ اشاره‌ای به فرض فوت راهن و امکان اعتراض ورثهٔ او به بقای تصرف مرتهن نکرده است. پس، می‌توان گفت که باید انحلال ودیعه یا وکالت را، به عنوان لازمهٔ گزینش مبنای قانون مدنی، پذیرفت، مگر این که دو طرف برخلاف آن تراضی کرده باشند. با وجود این، چون حق مرتهن است که باید بر وثیقهٔ طلب خود مستولی باشد، سمت او تنها نیابت از سوی راهن نیست، وگرنه امکان داشت در زمان حیات نیز معزول شود. بنابراین، با فوت راهن حق او بر وثیقه از بین نمی‌رود و حکم ماهٔ ۷۸۸ جنبهٔ استثنایی دارد.

۲۸۶. پرداخت هزینهٔ نگاهداری :

مرتهن در نگاهداری از عین مرهون در حکم مستودع است، امینی است که از منافع مال استفاده نمی‌کند و ملک دیگری را به رایگان نگاه می‌دارد (مواد ۶۳۱ و ۷۸۹). بنابراین، هزینهٔ نگاهداری از آن به عهدهٔ راهن است (مادهٔ ۶۳۴ ق.م.).

گفتار دوم : حقوق و تکالیف مرتهن

۲۸۷. مسؤولیت مرتهن در حفظ مورد رهن و بازگرداندن آن :

چنان که گفته شد، اگر به موجب شرط یا توافق دو طرف عین مرهون در تصرف مرتهن باقی بماند، باید او را امین مالک شمرد. بی‌گمان راهن نمی‌تواند مورد رهن را پس بگیرد یا بدون رضای مرتهن به دیگری بسپارد (بخش اخیر مادهٔ ۷۸۷ ق.م.)، ولی مرتهن نیز نمی‌تواند بدون اذن راهن به تصرف ادامه دهد. جمع بین دو حق به این است که عین در تصرف امینی باشد که طرفین بر می‌گزینند یا حاکم معین می‌کند. پس، اگر مرتهن به عنوان متصرف، به طور صریح یا ضمنی، انتخاب شود، در واقع امین و نمایندهٔ مالک در حفظ عین مرهون است و رابطهٔ آنان تابع قواعد ودیعه خواهد بود :

بدین ترتیب، مرتهن در صورتی مسؤول تلف یا نقص مال است که در حفظ آن تقصیر

۱. علامهٔ حلی، تحریر، ص ۲۱۱.

کرده باشد. چنان که مادهٔ ۷۸۹ قانون مدنی در این زمینه اعلام می‌کند: **«رهن در ید مرتهن امانت است و بنابراین مرتهن مسؤول تلف یا ناقص شدن آن نخواهد بود، مگر در صورت تقصیر»**. همچنین، هرگاه رهن به دلیل بری شدن مدیون منحل شود، صفت امانت مرتهن از بین نمی‌رود و باقی می‌ماند تا مالک آن را به وسیلهٔ مطالبه بر هم زند. به بیان دیگر، در فرض باقی ماندن رهن در تصرف مرتهن، رابطهٔ حقوقی بین آنان به دو عقد رهن و ودیعه تحلیل می‌شود: رهن با بری شدن منحل می‌شود و ودیعه با فسخ مالک. بنابراین، رابطه‌ای که گفته شد تا پیش از مطالبهٔ راهن باقی است و متصرف امین به شمار می‌آید (ش ۲۶ و ۲۷).

مادهٔ ۷۹۰ قانون مدنی در تأیید همین مطلب مقرر می‌دارد: **«بعد از برائت ذمهٔ مدیون، رهن در ید مرتهن امانت است. لیکن، اگر با وجود مطالبه آن را رد ننماید، ضامن آن خواهد بود اگرچه تقصیر نکرده باشد»**.... دربارهٔ حدود این ضمان در فصل رهن حکم ویژه‌ای نیامده است. پس، احکام عمومی غصب و ضمان قهری را باید اجرا کرد (مواد ۳۱۲ به بعد ق.م.).

۲۸۸. منع مرتهن از تصرف در رهن :

مرتهن با قبض مورد رهن حق تصرف در آن پیدا نمی‌کند. عین و منافع رهن به راهن تعلق دارد. پس، مرتهن نمی‌تواند در خانه‌ای که به رهن گرفته سکونت کند یا آن را اجاره دهد یا بر اتومبیل یا اسبی که در رهن دارد سوار شود، مگر این که راهن به او اذن داده باشد. در مورد تصرفاتی که برای حفظ عین ضرورت دارد، باقی گذاردن عین در تصرف مرتهن به منزلهٔ اذن در نگاهداری از آن و صرف هزینه‌های لازم برای تحقق این مقصود است. مرتهن، نه تنها می‌تواند، وظیفه نیز دارد که درختان را آب بدهد و برف بام خانه را بروبد و از تلف اموال فاسد شدنی جلوگیری کند و هزینه‌های لازم را از راهن بگیرد.

تصرفهای خارج از اذن نوعی «تعدی» است و باعث می‌شود که از آن پس مرتهن در حکم غاصب قرار گیرد و مسؤول تلف عین و منافع آن باشد (مادهٔ ۷۸۹ ق.م.). به اضافه، باید عوض منافعی را که استیفاء کرده است به مرتهن بدهد.

۲۸۹. استیفاء طلب از عین مرهون :

هدف از رهن این است که مرتهن بتواند، در صورتی که مدیون از پرداخت دین امتناع کند یا معسر شود، طلب خود را از عین مرهون استیفاء کند. راه طبیعی و مرسوم، فروش عین و برداشت طلب از بهای آن است. ولی، آنچه ممکن است مورد گفتگو قرار گیرد، چگونگی این اختیار از سوی مرتهن است.

مادهٔ ۷۷۹ قانون مدنی در این زمینه مقرر می‌دارد: «**هرگاه مرتهن برای فروش عین مرهونه وکالت نداشته باشد و راهن هم برای فروش آن و اداء دین حاضر نگردد، مرتهن به حاکم رجوع می‌نماید تا اجبار به بیع یا اداء دین به نحو دیگر بکند**».
بنابراین، استیفای طلب از راه فروش عین مرهون به یکی از سه وسیله امکان دارد :

۱) اقدام به فروش از سوی مرتهن، در صورتی که برای انجام دادن این کار وکالت داشته باشد ۲) رجوع به راهن و فروش مال مرهون به وسیلهٔ او ۳) رجوع به حاکم و اجبار راهن به فروش. ولی، این سه راه حل با تصویب قوانین ثبت تغییر کیفیت داده است و از جمع آنها با قانون مدنی می‌توان نتیجه گرفت که:

۱. در مورد شرط وکالت مرتهن در فروش عین مرهون، گفته شد که این وکالت مرتهن را از رجوع به مقام‌های عمومی بی‌نیاز نمی‌کند (ش ۲۵۵ و ۲۵۶). ولی، هیچ مانعی ندارد که هنگام سر رسید دین و پس از رجوع مرتهن به راهن این وکالت داده شود. زیرا، مفاد مادهٔ ۳۴ قانون ثبت تراضی طرفین را در فروش مال مرهون منع نمی‌کند. وانگهی، این تراضی و دادن وکالت یکی از شیوه‌های پرداخت دین است که در آن ماده مقدم بر رجوع به دفتر تنظیم کنندهٔ سند و شرط لزوم این رجوع قرار داده شده است.

از اینها گذشته، فلسفهٔ رجوع به مقام‌های عمومی این است که بستانکار بتواند از اضطرار مدیون استفاده کند و نظارت دولت را در تنظیم این رابطه از بین ببرد. ولی، هنگام سررسید دین و رجوع مشروع طلبکار به او، دیگر این نگرانی وجود ندارد: دادن وکالت برای فروش و توافق با طلبکار لازمهٔ خوش‌حسابی است و از اشتغال بیهودهٔ مراجع ثبتی و دادگاهها می‌کاهد.

۲. رجوع به راهن: از مادهٔ ۷۷۹ چنین بر می‌آید که مرتهن پیش از رجوع به حاکم باید برای فروش رهن یا مطالبهٔ دین به راهن رجوع کند. مادهٔ ۳۴ قانون ثبت به لزوم رجوع به راهن اشاره کرده است و همین امر می‌تواند این بحث را به وجود آورد که آیا در حقوق کنونی برای اقامهٔ دعوا یا صدور اجرائیه ضرورتی دارد که مرتهن ابتدا به راهن رجوع کند؟

باید دانست که در مادهٔ ۳۴ هیچ‌گاه طلبکار فرصت آن را نمی‌یابد که، پیش از مطالبهٔ بدهی راهن، درخواست فروش عین مرهون را بکند. ولی، در این که آیا لازم است، پیش از اقامهٔ دعوا یا درخواست صدور برگ اجرایی، مرتهن به وسیلهٔ اظهارنامه یا نامه طلب را مطالبه کند، باید گفت ضرورتی ندارد. زیرا مقصود این است که مدیون بیهوده مال خود را از دست ندهد و فرصت آن را بیابد، که با پرداخت طلب، عین مرهون را از قید رهن رها سازد و این فرصت همیشه وجود دارد.

۳. رجوع به حاکم: اگر مستند رهن سند رسمی باشد، مرتهن می‌تواند به دفترخانهٔ تنظیم کنندهٔ سند برای صدور اجرائیه رجوع کند. دفتر اسناد رسمی اجرائیه را به ادارهٔ ثبت می‌فرستد و در مورد اموال غیرمنقول «**بدهکار از تاریخ ابلاغ اجرائیه هشت ماه مهلت خواهد داشت که نسبت به پرداخت بدهی خود اقدام نماید. بدهکار می‌تواند ظرف شش ماه از تاریخ ابلاغ اجرائیه درخواست نماید که ملک از طریق حراج به فروش برسد... قبل از فروش ملک، در صورت اعلام انصراف بدهکار حراج ملک موضوعاً منتفی خواهد بود.**».

در مورد اموال منقول، مهلت پرداخت دین از سوی راهن چهار ماه است و مورد رهن، بی‌آنکه نیاز به تقاضای راهن باشد، به حراج گذارده می‌شود.

هرگاه برای مال خریداری پیدا نشود، (یا در مورد اموال غیرمنقول بدهکار تقاضای حراج نکند) مورد رهن به قیمت طلب و کلیهٔ خسارات و عوارض به مرتهن واگذار می‌شود. ولی، اگر به بهای بیشتر فروخته شود، زاید بر طلب به راهن داده خواهد شد.

۲۹۰. کافی نبودن رهن برای پرداخت طلب :

مفهوم «وثیقه» این است که وصول طلب را تضمین کند و در این راه به سود طلبکار باشد. بنابراین، اگر بهای رهن برای پرداخت تمام بدهی کافی نباشد، باید طلبکار بتواند به سایر اموال بدهکار رجوع کند، منتها در این بخش دیگر امتیازی بر سایر طلبکاران ندارد. مادهٔ ۷۸۱ قانون مدنی در بیان همین نتیجهٔ عادلانه مقرر می‌دارد: «**اگر مال مرهون به قیمتی بیش از طلب فروخته شود، مازاد مال مالک آن است و اگر برعکس حاصل فروش کمتر باشد مرتهن باید برای نقیصه به راهن رجوع کند**» و مادهٔ ۷۸۲ می‌افزاید: «**در مورد قسمت اخیر مادهٔ قبل، اگر راهن مفلس شده باشد، مرتهن با غرما شریک می‌شود**»[1].

با وجود این، تشریفات فروش مال مرهون در مادهٔ ۳۴ قانون ثبت چنان تنظیم یافته است که مرتهن هیچ‌گاه نمی‌تواند، به استناد کافی نبودن بهای رهن، به سایر اموال راهن رجوع کند. زیرا، بر طبق این ماده: «**مبلغ حراج باید از کل مبلغ طلب و خسارات قانونی و حقوق و عوارض و هزینه‌های قانونی تا روز حراج شروع شود و در جائی که حراج انجام نمی‌شود، به همین قیمت به مرتهن واگذار می‌گردد و در هر حال به کمتر از آن فروخته نخواهد شد**»، یعنی قانونگذار فرض می‌کند که مرتهن یا خریدار شرطی با تملک مورد رهن یا معامله، به تمام حق خود رسیده است و رجوع او به سایر دارایی مدیون مورد ندارد.

این ترتیب، در مورد معاملهٔ شرطی عادلانه و مطابق با مفاد تراضی طرفین است. زیرا، بنا به فرض، مالک و خریدار شرطی می‌خواسته‌اند که مورد معامله به قیمت معین در سند تملیک شود، منتها فروشنده بتواند با تأدیهٔ ثمن معامله را فسخ کند. بنابراین، اگر فروشنده ثمن را باز نگرداند و برای مبیع نیز خریداری به بهای بیشتر پیدا نشود، منطقی است که مبیع با همان قیمت به خریدار شرطی داده شود. ولی، در مورد رهن، که مال موضوع عقد تنها به عنوان وثیقهٔ طلب

۱. همچنین، رجوع شود به مواد ۵۱۶ و ۵۱۸ قانون تجارت (در مورد ورشکسته) و مادهٔ ۲۲۷ قانون امور حسبی (در مورد پرداخت دیون متوفی).

تعیین شده است و طرفین تناسب آن را با دین بر مبنای داد و ستد رعایت نکرده‌اند، چرا باید حق مرتهن محدود به آن شود و نتواند از سایر دارایی مدیون طلب خود را وصول کند؟

در هر حال، حکم مادهٔ ۳۴ قانون ثبت، بدون این که قاعدهٔ مندرج در مادهٔ ۷۸۱ قانون مدنی را نسخ کند، در مقام اجرای آن مانعی ایجاد می‌کند که مزاحم تحقق حکم است. بنابراین، اگر این مانع برداشته شود، تزاحم نیز از بین می‌رود و مادهٔ ۷۸۱ اجرا خواهد شد. در وضع کنونی نیز مرتهن می‌تواند از رهن صرفنظر کند و با توقیف عین مرهون و سایر اموال مدیون (به عنوان تأمین خواسته) به تمام حق خود برسد.

۲۹۱. انصراف از رهن :

چنان که گفته شد (ش ۲۴۱)، به موجب مواد ۷۸۷ قانون مدنی و تبصرهٔ ۶ مادهٔ ۳۴ اصلاحی قانون ثبت در ۱۳۵۱، مرتهن می‌تواند، هرگاه بخواهد، از رهن منصرف شود و مانند طلبکاری ساده به مورد رهن و سایر اموال مدیون رجوع کند.

مبحث دوم: آثار رهن نسبت به اشخاص ثالث

۲۹۲. مبنای این آثار:

در اثر عقد رهن، مرتهن نسبت به مورد رهن حق عینی پیدا می‌کند و همین امر منشأ آثار عقد نسبت به اشخاص ثالث و امتیازهای طلب او بر دیگران می‌شود. حق مرتهن، مانند هر حق عینی دیگر، حاوی دو امتیاز یا حق فرعی است: حق تقدم و حق تعقیب، که ویژگی‌های آنها در رهن باید مورد بررسی قرار گیرد:

۲۹۳. حق تقدم؛ رجحان طلب مرتهن:

طلب مرتهن بر دیگر طلبکاران راهن نسبت به استفاده از بهای مورد رهن مقدم است: بدین ترتیب که، هرگاه عین مرهون فروخته شود، ابتدا مرتهن باید تمام طلب خود را از قیمت فروش آن بردارد سپس دیگر طلبکاران می‌توانند از باقی ماندهٔ آن استفاده کنند. مادهٔ ۷۸۰ قانون مدنی نیز در همین زمینه مقرر می‌دارد: «برای استیفاء طلب خود از قیمت رهن، مرتهن بر هر طلبکار دیگری رجحان خواهد داشت» و مادهٔ ۲۲۷ قانون امور حسبی، در مورد پرداخت دیون متوفی از ترکه و بند اول مادهٔ ۱۴۸ قانون اجرای احکام مدنی و مواد ۱۵۴ به بعد قانون تجارت در ورشکستگی تاجر این حق تقدم را برای مرتهن شناخته است.

قلمرو این حق تقدم تنها به عین مرهون محدود نمی‌شود و همهٔ متعلقات و ثمره‌های متصل آن را در بر می‌گیرد (مواد ۷۸۵ و ۷۸۶ ق.م.). همچنین، در موردی که رهن به

تراضی به مال دیگری تبدیل می‌شود (مادهٔ ۷۸۴ ق.م.) یا تلف کننده (خواه راهن یا دیگری) بدل آن را به مرتهن می‌دهد، حق تقدم شامل بدل نیز هست.

در مواردی که چند مرتهن به ترتیب بر مالی حق وثیقه پیدا کرده‌اند، حق تقدم بر مبنای تاریخ ایجاد رهن است: بدین ترتیب که، ابتدا نخستین مرتهن طلب خود را از قیمت مال بر می‌دارد، سپس مرتهنان دیگر هر کدام به ترتیب تاریخ انعقاد رهن بر یکدیگر مقدم هستند. همچنین، در صورت فک رهن مقدم، تمام مال وثیقهٔ رهن بعدی خواهد بود. این ترتیب را مادهٔ ۳۴ مکرر الحاقی سال ۱۳۲۰ به قانون ثبت به صراحت مقرر می‌داشت، ولی در وضع کنونی نیز از اصول کلی استنباط می‌شود.

حق تقدم مرتهن قبلی تنها به منظور تأدیهٔ طلب او پیش از دیگران است و هیچگاه نمی‌تواند استیفای حقوق سایر مرتهنان یا طلبکاران عادی را به تأخیر اندازد (مادهٔ ۳۴ مکرر قانون ثبت).

۲۹۴. حق تعقیب :

پس از تحقق رهن نیز مالکیت راهن باقی می‌ماند؛ محدود می‌شود ولی از بین نمی‌رود. درست است که راهن بدون اذن مرتهن حق ندارد مورد رهن را به دیگران انتقال دهد. لیکن استناد به عدم نفوذ چنین قراردادی در برابر اشخاص ثالث و توقیف و فروش مالی که به عنوان خریدار در تصرف آنها است، مستلزم این است که مرتهن از حق تعقیب برخوردار باشد و بتواند فروش موضوع حق رهن را در دست هرکس باشد بخواهد. در واقع، حق تعقیب وسیلهٔ تضمین و اجرای حق تقدمی است که مرتهن بر سایر طلبکاران دارد.

در موردی هم که انتقال مورد رهن به اذن یا اجازهٔ مرتهن واقع شود، رضای مرتهن به معنی سقوط حق رهن نیست. زیرا، با قبول عینی بودن حق رهن، بین انتقال مال و وجود حق رهن تعارضی وجود ندارد تا انتخاب یکی به معنی نفی دیگری باشد. بنابراین، یکی از مواردی که مرتهن می‌تواند، به استناد عینی بودن حق رهن، از حق تعقیب استفاده کند، حالتی است که معامله با رضای او انجام شده است.

انتقال گیرنده را نباید جانشین راهن پنداشت. دین بدهکار در عین مرهون تجسم پیدا نمی‌کند و با آن منتقل نمی‌شود و حق مرتهن را نباید با حقوق عینی اصلی (مانند حق ارتفاق) اشتباه کرد. بنابراین، راهن همچنان مدیون است و برای وصول طلب باید به طرفیّت او اقامهٔ دعوا شود و اجرائیه نیز علیه او صادر می‌گردد. منتها اگر مدیون بدهی خود را نپردازد، عین مرهون با رعایت تشریفات مادهٔ ۳۴ قانون ثبت به فروش می‌رسد. وضع انتقال گیرنده در این حالت مانند کسی است که مال خود را رهن دین دیگری قرار داده است.

فهرست تحلیلی عنوانها

صفحه

صفحه

صفحه

صفحه

صفحه

صفحه

صفحه

صفحه

فهرست الفبایی

عددها مربوط به شمارهٔ عنوانها است.

و